Die Ausgleichungspflicht unter Gesamtschuldnern in ihrer geschichtlichen Entwickelung.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Albrecht Jander,
Referendar in Landeck.

Liegnitz 1909.
Druck von Carl Seyffarth.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor **Dr. Schott.**

Korreferent: Professor **Dr. Herb. Meyer.**

Meinem Vater!

Literatur-Verzeichnis.

Accursius, Glossa ad l. Creditor 2 C. VIII, 40. Antwerpen 1575.
v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht. Innsbruck 1882.
Arndts, Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart 1889.
Azo, Summa in librum VIII C. Basileae 1572.
Baldus, Commentaria in C. libr. VIII. Venetiis 1622.
Bartolus, Interpretum Digestum novum. Basileae 1612.
„ Interpretum in XII libros Cod.
Bekker-Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines BGB., Heft 11. Berlin 1889.
Berger, Oeconomia iuris lib. III. Leipzig 1771.
Binder, Die Korreal-Obligationen im römischen und heutigen Recht. Leipzig 1899.
Blondeau, Esquisse d'un traité sur les obligations solidaires. Paris 1819.
Braun, Erörterungen über die bestrittensten Materien des römischen Rechts. Bd. I. Stuttgart 1831.
Brinkmann, Verhältnis der actio communi dividundo und actio negotiorum gestorum zu einander. Kiel 1855.
Bucher, Das Recht der Forderungen. Leipzig 1815.
Carpzow, Definitiones forenses Capt. II. Lipsiae 1721.
Janus a'Costa, Institutionum sive elementorum libri IV. In eosdem Iani a. C. commentari Lugduni Batavorum 1744.
Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts II. Tübingen und Leipzig 1902.
„ Von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen. Jahrbücher für Dogmatik 35. Jena 1896.
Cujazius, Opera, pars posterior tom. IX. Mutinae 1781.
Demangeat, Des obligations solidaires en droit Romain. Paris 1858.
Dernburg, Pandekten II. Berlin 1897.
„ Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs. Halle 1897.
„ Das Bürgerliche Recht (Schuldverhältnisse). Halle 1905.
Deutsche Juristenzeitung Berlin.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I. Berlin 1903.
Entscheidungen des Königlichen Geheimen Ober-Tribunals.
〃 des Reichs-Ober-Handelsgerichts.
〃 der Ober-Landesgerichte.
〃 des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Eisenbahnrechtliche Entscheidungen..

Faber, Coniecturae iuris civilis lib. II. Lugduni 1591.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. München 1904.
Fitting, Die Natur der Korreal-Obligationen. Erlangen 1859.
Foerster-Eccius, Preußisches Pr.-R., Bd. I. Berlin 1892.
Gérardin, Etude de la solidarité. Paris 1884.
Giphanius, Explanatio diffic., et celebr. legum codicis. Coloniae Plancianae 1614.
Glaser-Unger, Sammlung von zivilrechtl. Entsch. d. k. k. obersten Gerichtshofes II, IV. Wien 1873/74.
Goeddeaus, Commentarius de contrahenda et committenda stipulatione. Herbornae Nassoviorum 1609.
Glück, Ausführl. Erl. der Pand. IV. Erlangen 1796.
Gomez, Commentariorum variorumque resolutionum iuris civilis tomi III. Frankfurt a. M. 1597.
Göschen, Vorlesungen über das Gemeine Zivilrecht, Bd. 2. Göttingen 1839.
Günther, Principia iuris Romani privati.
Habicht, Rechtliche Erörterungen und Entsch. gemeinrechtlicher Kontroversen. Zerbst 1843.
Hasenbalg, Bürgschaft des Gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870.
Hasenöhrl, Das österr. Obligationenrecht. Wien 1881.
Heigius, Quaestiones iuris tam civilis quam saxonici 1606.
Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts. Leipzig 1886.
Höpfner, Theoretisch-praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen. Frankfurt a. M. 1803.
Hofacker, Principia iuris civilis, Bd. 3. Tübingen 1798.
Holzschuher, Theorie und Kasuistik des Gemeinen Zivilrechts, Bd. III. Leipzig 1864.
Hruza, Die Korreal-Obligationen nach dem Entw. II. Sächs. Arch. Bd. 5. Leipzig 1895.
Hoppius, Commentatio ad institutiones Bd. III. Frankfurt a. O. 1725.
Huberus, Praelectiones iuris civilis tomi III. Buch 3. Leipzig 1725.
Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts. 1908.
Hufeland, Lehrb. des Gemeinen Zivilrechts, Bd. I. Gießen 1808.
Jhering, Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen. J. B. f. Dogmatik X. Jena 1871.
Juristische Wochenschrift. Berlin 1899.
Koch, Das Recht der Forderungen. Berlin 1859.
" Lehrb. d. Pr. Gemeinen Pr.-R. Berlin 1858.
Kohler, Lehrb. d. B. R., Bd. 2. Berlin 1906.
Kremer, Die Mitbürgschaft mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld. Diss. Straßburg 1902.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1899.
Lacour, De la subrogation entre les codébiteurs solidaires. Paris 1894.
Lauterbach, Collegium pandectarum, Bd. 3. Tübingen 1784.

Leuthold, Die passive Solidarität im schweizerischen Obligationenrecht. Borna-Leipzig. 1903. Diss.

Lindelof, Von der actio tutelae utilis. Arch. f. zivil. Pr. VII. Gießen 1834.

Malblanc, Principia iuris Romani, Bd. I. Tübingen 1801.

Matthiass, Lehrb. d. B. R., Bd. I. Berlin 1899.

Merenda, Controversiae iuris, volumen IV. lib. 24. Venetiis 1706.

Mitteiss, Zur Lehre v. d. Gesamtschuldv. Grünhuts Zeitschr. X. Wien 1887.

Molinaeus, Quinque lectiones Dolanae, Coloniae Agrippinae 1594.

Motive zum BGB., Bd. 2.

Mühlenbruch, Doctrina Pandectarum III. Halle 1825.

" Zession der Forderungsrechte. Greifswald 1836.

Neumann, Jahrb. d. Deutschen Rechts, Bd. I. Berlin 1904.

Odofredus, super Codicem, VIII. 1. Creditor.

Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Bd. 3. Braunschweig 1792.

Perez, Praelectiones in XII libros codicis (VIII, 40). Amsterdam 1671.

Planck, Kommentar zum BGB.

Juristische Monatsschrift für Posen. Posen 1903.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des BGB., Bd. 1. Berlin 1897.

Pufendorf, Observationes iuris civilis, Bd. III. Celle 1772.

Reatz, Die 2. Lesung eines Entw. eines BGB. unter Gegenüberstellung der 1. Lesung I. Berlin 1897.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin 1903.

Roessler, Das Alt-Prager Stadtrecht aus dem 15. Jahrhundert. Prag 1845.

" Die Stadtrechte von Brünn a. d. 13. u. 14. Jahrh. Prag 1852.

Rosshirt, Gemeines Deutsches Zivilrecht, Teil II. Heidelberg 1840.

Ronchegallus, De duobus reis constituendis lib. XI. Lugduni 1609.

Rubo, Über die Teilbarkeit und Unteilbarkeit der Obligationen. Berlin 1822.

Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen. Berlin 1889.

Salicetus, Tertia Commentariorum super octavo Cod. de duob. reis. Lugduni 1599.

Samhaber, Zur Lehre von der Korreal-Obligation im röm. und heutigen Recht. Erlangen 1861.

Savigny, Obligationenrecht I. Berlin 1851.

Schollmeyer, Kommentar zum BGB.

v. Schroeter, Zu der Lehre von den Korrealabligationen. Ztschr. f. Zivilrecht und Prozeß, Bd. VI. Gießen 1843.

Schulz, Rückgriff und Weitergriff, in „Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts", Leonhard, Heft 21. Breslau 1907.

Schweppe, Das römische Privatrecht, Bd. III. 1831.

Sell, Über das Recht des correus von dem anderen correus teilweisen Ersatz der gezahlten Korrealschuld zu verlangen. Zeitschrift f. Zivilrecht und Prozeß, Bd. III und IV. Gießen 1830/31.

Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. Würzburg 1867.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 62. München-Berlin 1906.

Siebenhaar, Korrealobligationen nach römischem, gemeinem und sächsischem Rechte, III. Leipzig 1868.

Simon und **v. Strampf**, Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe, Bd. 3. Berlin 1834.

Soergel, Das Recht, 10. Jahrg. 1906.

Stobbe, Deutsches Vertragsrecht. Leipzig 1855.

" Handbuch des deutsch. Privatrechts (Forderungsrechte). Berlin 1898.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.

Staudinger, Kommentar zum BGB.

Stryk, Pandektarum opus postumum. Halae-Magdeburgicae 1746.

Surdus, Decisiones. Frankfurt a. M. 1610.

Thibaut, System des Pandektenrechtes, Bd. 1. Jena 1828.

Ubbelohde, Lehre von den unteilbaren Obligationen. Hannover 1862.

Unger, Passive Korrealität und Solidarität. Jahrb. f. Dogmatik, XXII. Jena 1884.

Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverh., Bd. II. Leipzig 1840.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III. Marburg und Leipzig 1876.

Vinnius, Selectarum iuris quaestionum libri duo, Buch I. Lugduni-Batavorum 1653.

Voetius, Commentarius ad Pandectas, Bd. II. Hagae Comitum 1730.

Waldner, Die korreale Solidarität. Wien 1885.

v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch d. gemein. Zivilrechts, Bd. 2. München 1831.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1906.

" Kritische Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. VI. Zur Lehre von den Korrealobligationen. München 1859.

Zachariae-Crome, Handbuch des französ. Zivilrechts. Freiburg i. B. 1894.

Inhalt.

Einleitung.

In seinem Rechte spiegelt sich das Leben eines Volkes.

Wer das Leben vergangener Zeiten ergründen will, muß sich immer wieder an die Rechtsgeschichte wenden, um aus Rechtsprinzipien die Anschauungen, den Verkehr, kurz das Leben der Männer, die solche Gesetze schufen, und derer, welche sich ihnen unterwarfen, kennen zu lernen. Wie nun einerseits die Summe der — in einem bestimmten Zeitpunkte — gleichzeitig geltenden Gesetze auf diese Zeit, die Höhe ihrer Kultur wie ihrer Zivilisation, schließen läßt, so gibt es andererseits Rechtssätze, die als einzelne in ihrer durch lange Zeiträume währenden Entwickelung diejenige der Gebiete, die sie beherrschen — wie Moral, Religion, geschäftliches Leben —, veranschaulichen. Von letzteren werden es in erster Reihe Prinzipien sein, welche die Allgemeinheit in hervorragendem Maße beeinflussen, also insbesondere solche, die in den Verkehr allenthalben eingreifen.

Zu ihnen gehört ein Grundsatz, der gerade in neuerer Zeit erhöhte Bedeutung erlangt hat, und zwar als Gegengewicht gegen eine Anzahl in den jüngsten Gesetzen enthaltener Bestimmungen, nämlich der Bestimmungen, welche die eingehende, von der Masse des Volkes oft als zu streng empfundene und daher besonders stark kritisierte Regelung der Schadensersatzpflicht betreffen. Es ist der Grundsatz von der Ausgleichungspflicht unter Gesamtschuldnern. Von ihm und seiner geschichtlichen Entwickelung wird in Folgendem die Rede sein.

Die Ausgleichung unter Gesamtschuldnern im vorjustinianischen Rechte.

Die Nachrichten der vorjustinianischen Rechtsquellen sind äußerst spärliche. Durch Gains[1] erfahren wir, daß eine lex Apuleia den sponsores und fideipromissores (also den Bürgen des älteren Rechts) ein Rückgriffsrecht gab auf dasjenige, was jeder über seinen Anteil hinaus bezahlt hatte. Wir hören weiter von einer lex Furia[2], welche die ursprünglich solidarische Haftung der Bürgen teilte. Das Alter der Gesetze ist bestritten. Nach Karlowa gehören beide der Zeit des Legisaktionenprozesses an[3], und zwar ist die lex Apuleia bedeutend älter als das andere Gesetz, fällt aber doch erst in die Zeit, da Rom schon mehrere Provinzen besaß, denn sie galt auch für die regiones praeter Italiam[4]. Im Gegensatz zu ihr war die lex Furia[5] nur für Italien, also wohl hauptsächlich für den Verkehr unter römischen Bürgern und Bundesgenossen bestimmt.

Von Gaius wird die Frage aufgeworfen, ob die lex Apuleia neben der lex Furia noch in Kraft geblieben sei, und wird nur hinsichtlich der Provinzen bejaht. Nach Karlowa[6] und Binder[7] soll die innere Entwickelung folgende gewesen sein: „Anfangs bewirkte die lex Furia nur eine Rückforderungsklage gegen den Hauptschuldner, und hinter dieser trat der Ausgleichungsanspruch gegen den Mitbürgen zurück. Die Rück-

[1] Jnstit. III, cap 121, 122.

[2] Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II, S. 734.

[3] cf. Gaius IV, 22, wo die lex Furia bei der manus iniectio pro indicato erwähnt wird.

[4] cf. Hasenbalg, Bürgschaft, S. 17, Anm. 19: lex Furia erst nach Cicero erlassen.

[5] cf. Karlowa, S. 735, Anm. 1.

[6] a. a. O.

[7] Die Korrealobligationen im röm. und im heut. Recht. S. 286.

forderungsklage kam dann außer Gebrauch; man erinnerte sich wieder der lex Apuleia und interpretierte die lex Furia so, als ob der Bürge nur auf ein Kopfteil haftete".

Aus Gaius weiteren Worten: „lex Apuleia quandam societatem introduxit" folgerte man in späterer Zeit, daß ein Regreß nur auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses möglich gewesen sei, und diese Meinung ist in Betreff ihrer Geltung für die vorjustinianische Zeit wenig bestritten worden.

Dagegen haben die in das corpus iuris civilis aufgenommenen Äußerungen des Paulus, Ulpian u. a. im Gemeinen Recht zu lebhaften Widersprüchen Anlaß gegeben, deren Erörterung wir uns jetzt zuwenden wollen.

Die Ausgleichung unter Gesamtschuldnern nach dem Rechte des corpus iuris civilis.

Die Behandlung der römischen Quellen seitens der Glossatoren und Postglossatoren.

Es ist verständlich, daß die ältesten Interpreten, die älteren Glossatoren, durch scheinbare — oder tatsächliche — Widersprüche in den verschiedenen Digestenstellen verwirrt, meist falsche Wege einschlugen und so zu Resultaten gelangten, die in späterer Zeit nur geringe Anerkennung fanden[1]. Ein gewisses tastendes Suchen nach den Ursachen, wegen deren im einen Falle ein Rückgriff gegeben, im anderen wieder verneint wurde, ist ebenso unverkennbar wie die Unsicherheit in den aufgestellten Theorien. In der richtigen Erkenntnis, daß aus der Korrealobligation an sich keine Ausgleichungspflicht sich ergebe, und andererseits wieder in dem

[1] Die Ansichten der Glossatoren sind gesammelt von Accursius in Glossa Accursii ad l. Creditor 2 C (8,40) und Odofredus in Odofredus super Codicem VIII l. Creditor (S. 504, 505).

Empfinden, daß eine Ausgleichung nur recht und billig sei, fanden sie keinen Ausweg und verloren sich daher in Einzelheiten oder wollten einzelne Fälle verallgemeinern.

So wurden durch die Ähnlichkeit zwischen Gesamtschuld und Mitbürgschaft Irnerius und Martinus zu der Ansicht verleitet, bei einer Gesamtschuld läge immer eine stillschweigende Bürgschaft vor, also hätten die Gesamtschuldner gegen einander immer eine actio mandati[1]. Als letzte Hilfe nimmt auch Joannes Bassianus diese Klage an, falls man sich nämlich weder auf eine actio pro socio aus einem Gesellschaftsverhältnisse noch auf eine vertragliche Abrede stützen könne.

Gleichwohl schwankt Joannes zwischen dieser Klage und der actio negotiorum gestorum, für welche sich im bewußten Gegensatz zu den obengenannten Bulgarus entscheidet.

Daß im Falle einer Sozietät die actio pro socio gegeben ist, wird von einigen besonders hervorgehoben; dies ist allerdings ebenso unbestritten, wie ja auch in bestimmten Fällen eine actio mandati am Platze sein kann. Gewagter ist es, eine condictio indebiti oder actio communi dividundo anzunehmen, wie Bartolus will[2].

Ein richtiges Erfassen der Natur des Rückgriffsrechts läßt sich erst bei dem vorletzten der bedeutenderen Glossatoren erkennen. Azo[3] hat zum ersten Male darauf hingewiesen, daß zu unterscheiden sei zwischen dem Falle, daß die Gesamtschuldner ex mera liberalitate verpflichtet seien — dann hätten sie keinen Regreßanspruch — oder ex causa onerosa (nämlich auf Seiten des Gläubigers), d. h. aus einem Rechtsgeschäfte, aus dem sie gleichzeitig Nutzen gezogen hätten. Sei nun dieser Nutzen allseitig gewesen, dann habe jeder die actio mandati, weil anscheinend jeder für den anderen bürgte, hat nur derjenige Vorteil gehabt, welcher nachher die Leistung bewirkte, so habe er keinen Rückgriffsanspruch, weil nur der Unbeteiligte des Leistenden Bürge war.

---

[1] In C. (8,40) 2 nimmt auch Accursius gegenseitige Bürgschaft an.

[2] Odofredus verneint bestimmt die condictio indebiti, ebeso Accursius, weil der Zahlende seine eigene Schuld begleiche.

[3] Summa Azonis in VIII. libr. Cod. tit. 40 r. 40.

Dieser — abgesehen von dem Fehler, sich wieder auf die actio mandati zu versteifen — ganz richtige Gedanke wurde nun insbesondere von Bartolus[1] und Baldus[2] weiter ausgeführt, ohne daß wesentlich neue Ideen hinzutraten. Wenn von zwei korreal Verpflichteten beide aus dem Geschäft Vorteil hatten, meint Bartolus, so kann der Leistende auf den Mitschuldner zurückgreifen, und zwar, si praesente altero obligatur, mit der actio mandati; absente altero: mit der actio pro socio, wenn Sozietät vorlag, wenn dies aber nicht der Fall war und er auch nicht das beneficium divisionis hatte, oder die Leistung unteilbar war oder endlich in einer res corporalis bestand, mit der actio communi dividundo bezw. einer condictio. Schließlich gebührte ihm noch dann, wenn kein Gesellschaftsverhältnis bestand, aber andererseits der zahlende Schuldner das beneficium divisionis hätte geltend machen können und dies lediglich aus Rücksicht auf seine Mitschuldner nicht getan hat, die actio negotiorum gestorum.

Wurden die Genossen ex mera liberalitate Korrealschuldner, so sind sie nach Bartolus nur als socii zur Ausgleichung verpflichtet.

Die Haftung ex mera liberalitate besonders wird von Baldus eingehehender erörtert. Er trennt von der Haftung ex mera liberalitate i. e. S., nämlich der Verpflichtung ex causa donationis die uneigentliche, z. B. die Verpflichtung ex damnatione testatoris. Im letzteren Falle seien wieder die drei Meinungen des Martinus (stillschweigende Bürgschaft), Joannes (actio negotiorum gestorum) und des Jacobus (der eine Bürgschaft des einen annehme, quatenus negotium spectat ad se et non est societas inter eos) zu unterscheiden.

Bei einer Verpflichtung ex causa donationis aber sei eine Bürgschaft keinesfalls anzunehmen, dagegen habe der leistende correus das beneficium divisionis und cedendarum actionum.

---

[1] Bartoli Interpretum Digestum novum D (45,2) l. reos Nr. 3. Bartoli Interpretum in XII libros Codicis (VIII, 40), Hoc ita 70.

[2] Baldi Ubaldi Perusini Commentaria in Codicis libr. VIII tit. de duob. reis l. Creditor 3,4.

Wichtig ist hier die beiläufige Erwähnung des beneficium cedendarum actionum[1].

Zum ersten Male betont Accursius, der sich sonst auf eine Wiedergabe der Meinungen seiner Vorgänger beschränkt und sich im allgemeinen der Ansicht Azos anschließt, die Geltendmachung des Rückgriffsanspruchs mittels einer „actio cessa", nämlich der vom Gläubiger abgetretenen Hauptklage. Von den Folgenden ganz unerwähnt gelassen, wurde diese Klagenzession erst von Baldus aus ihrer Vergessenheit hervorgeholt und in den Vordergrund gestellt. Nach Baldus ist der Gläubiger verpflichtet, seine Klage zu zedieren, und zwar, soweit sie sich auf die übrigen Mitschuldner erstreckt; das wird meistens blos ein Teil sein und nur in dem Falle die ganze actio, daß der oder die Mitschuldner den alleinigen Nutzen aus der causa conerosa gehabt haben. Bei Gesamtverpflichtung aus einem Delikt ist eine Zession ausgeschlossen.

Wenn aber der Gläubiger sich nicht zur Zession bewegen läßt, auch kein besonderes Rechtsverhättnis zugrunde liegt, hat der Schuldner immer noch die actio negotiorum gestorum.

Wiederum abgesehen von der Anwendung der Geschäftsführungsklage, worin Baldus dem Joannes folgt, bringt er doch einige weiter tragende, modernere Gedanken, eben die Verpflichtung des Gläubigers zur Klagenabtretung in Höhe des Ausgleichungsanspruchs und die besondere Betonung der Unzulässigkeit des Rückgriffs bei Gesamthaftung infolge dolosen Handelns. Diese beiden Erwägungen haben die neuere Gesetzgebung in hervorragendem Maße beeinflußt, während sie bei ihrem Mangel an Quellenbelegen im Gemeinen Recht zunächst weniger zur Geltung kamen. Das Gemeine Recht sah sich eben hier wie so oft vor die unangenehme Alternative gestellt, entweder an dem Buchstaben des corpus iuris civilis gegenüber der vorgeschritteneren Rechtsanschauung und veränderten rechtlichen Verhältnissen festzuhalten oder zeitgemäßeren Gedanken unter Preisgabe der gesetzlichen Grundlage Rechnung zu tragen.

---

[1] Hierauf, wie auf die erwähnten actiones, wird weiter unten, bei Besprechung der gemeinrechtlichen Theorieen, näher einzugehen sein.

Die Entwickelung im Gemeinen Recht mit Berücksichtigung französischer Juristen.

Die gesamte Literatur des Gemeinen Rechts baut sich im wesentlichen auf den eben entwickelten Ansichten der Glossatoren auf, und zwar ist die Frage, mit welcher Klage ein Regreß bewirkt werden kann (von denen, welche einen solchen anerkannten) noch heißer umstritten worden als die Frage nach der Möglichkeit einer Ausgleichung überhaupt.

Die actio mandati.

Wie wir oben gesehen haben, wurde anfangs die actio mandati befürwortet. Accursius, Azo, Odofredus, Bartolus[1] nahmen eine Art stillschweigender wechselseitiger Bürgschaft an. Salicetus[2] insbesondere hält die actio mandati entgegen Bartolus auch dann für gerechtfertigt, wenn der Zahlende das benificium divisionis hatte oder die Tilgung der Schuld teilweise geschehen konnte. Gestützt wird die Ansicht der Ersteren durch D (45,2) 11 pr. „Reos promittendi vice mutua fideiussores. Hier ist jeder Schuldner zugleich Hauptschuldner und und Bürge und hat demnach zwei verschiedene Verträge mit dem Gläubiger abgeschlossen.[3] Dieser Fall dürfte indessen an sich schon so selten vorkommen, daß er nicht das Vorbild für eine allgemeine Regel sein kann. Weiter wird wohl dann der Gläubiger meistens einen der correi als Hauptschuldner auf das Ganze verklagen und die actio mandati garnicht in Betracht kommen; sie wäre also nur in dem Falle von Bedeutung, daß der Gläubiger einen Schuldner zur Hälfte als Hauptschuldner, zur anderen Hälfte als Bürgen belangte, und dies dürfte noch weit seltener zutreffen.

Es wäre noch die Auffassung möglich, daß in der Korealschuld selbst eine gewisse wechselseitige Bürgschaft läge. Diese

---

[1] a. a. O.

[2] Tertia Commentariorum super VIII. Codicis de duob. reis l. Cred. 4.

[3] cf. Savigny, Obl. Recht. I. S. 234.

Ansicht ist aber erstens in den Quellen nirgends anerkannt, zweitens übernimmt in der Regel jeder Korrealschuldner die Obligation für sich. Eine Intercession ist von selbst ausgeschlossen bei der durch Testament oder Unteilbarkeit der Leistung entstandenen Korrealobligation. Sie wäre also nur denkbar für vertragsmäßige Korrealobligationen. Hier kann sie vorliegen. Das ist aber auch der einzige Schluß, den man aus den betreffenden Quellen ziehen darf[1]. Deshalb kann die actio mandati unmöglich als allgemeine Regreßklage benützt werden. In der Tat hat sie in späterer Zeit fast gar keine Anhänger gefunden. Der einzige, welcher sie für begründet hält (ihr aber auch eine andere Klage vorzieht), ist Savigny[2]. Außerdem verweist auf sie noch Siebenhaar[3] für den wohl selbstverständlichen Fall, daß der Zahlende correus alieno nomine gehandelt habe. Andererseits wird sie von verschiedenen ausdrücklich verworfen, so von Faber[4], der sich gegen jeden Regreß ausspricht, und Perez[5]. Dieser hält die actio mandati für die Klage, an die man am ehesten denken könne; da aber jeder hauptsächlich sich selbst verpflichtet und keiner den anderen beauftragt habe, sei sie dennoch nicht statthaft. Sell[6] schließt sie besonders aus in D. (9,3) 4 de his qui effuderint (ebensowenig darf man auf ein Mandat schließen) und in C. (8,40) 2 (ein Auftrag zur Zahlung ist im Gesetz durchaus nicht ange-

[1] D. (16,1) 17,2; fr. 18.

[2] Nach Savigny (S. 238 ff.) darf der Zahlungsakt nicht von dem der Übernahme der Verpflichtung getrennt betrachtet werden, denn die Leistung sei nur „die Folge des früher eingegangenen Rechtsgeschäfts und bilde mit diesem ein unzertrennliches Ganzes. In demselben Maße, wie die Obligation teils im eigenen, teils aber auch im fremden Interesse übernommen werde, sei auch die Zahlung kein ausdrücklich eigenes Geschäft“. cf. dagegen Binder S. 281: „Es ist ein anderes, eine Schuld in fremdem Interesse eingehen und eine in diesem Interesse eingegangene Schuld tilgen.

[3] Korrealobl. nach röm. Gem. und sächs. Recht. III, S. 405.

[4] Antonii Fabri Conjecturarum iuris civ. lib. XI, Kap. 6.

[5] Antonii Perezii Praelectiones in XII libros cod. (8,40) Nr. 12.

[6] Über das Recht des correus debendi von dem anderen correus teilweisen Ersatz der gezahlten Korrealschuld zu verlangen. (Ztschr. f. Zivl. R. und Prozeß S. 397 ff.) S. 412 Anm. 2.

deutet und kann, da beide correi principaliter verpflichtet sind, nicht ohne weiteres unterstellt werden.) Sonst beschäftigt sich mit ihr noch Lacour[1] bei der Besprechung der Savignyschen Theorie.

Die condictio indebiti.

Von Bartolus wurde ferner die condictio in Vorschlag gebracht, während Odefredus sich gegen sie verwahrte[2]. Auch sie hat wenig Fürsprecher; unter diesen sind zu nennen: Hoppius[3], Ronchegallus[4], Strykius[5] und aus neuerer Zeit Windscheid[6]. Gegen sie sprachen außer Odefredus z. B. Faber[7] und Mühlenbruch[8]. Aus den Worten Strykius (wie es auch sei, es ist jedenfalls nicht zweifelhaft, daß der zahlende correus eine actio negotiorum gestorum utilis oder condictio hat) geht aber doch wohl hervor, daß die condictio in der Praxis als Regreßklage nicht ganz ungebräuchlich war. Trotzdem dürfte sie abzulehnen sein. Bei einer passiven Korrealobligation ist jeder Schuldner auf das ganze verhaftet. Wenn er dieses zahlt, so leistet er nach der herrschenden und wohl als richtig zu bezeichnenden Lehre nur, was er schuldig war, er hat also

---

[1] Lacour, de la subrogation entre les codébiteurs solidaires S. 44. Malheureusement nous retombons ici encore sous la régle romaine: Pas d'action sans texte. La formule de l'engagement solidaire ne règle que les rapports des codébiteurs à créancier, elle est le titre du créancier et pas autre chose; donc les codébiteurs ne sont pas, suivat le droit, cautions les uns des autres, s'ils ne sont pas constitués cautions; il ne sont pas mandataires les uns des autres, s'ils ne sont pas constitués mandataires. L'intention n'est rien si elle n'est traduite en formule, si elle n'est pas exprimèe.

[2] Von Älteren wird sie als condictio indebiti, von Neueren als condictio sine causa bezeichnet.

[3] Commentatio Buch 3, Tit. 17, S. 626 usus hodiernus.

[4] Ronch. de duob. reis const. leg. XI pr. 40 ff.

[5] Usi mod. Bd. op. Posth. D. (45,2) 3.

[6] Pand. § 294 Anm. 3, S. 207.

[7] a. a. O. Kap. 8.

[8] Mühlenbruch Doc. II, S. 294 Nr. 6.

keinen ungerechtfertigten oder grundlosen[1] Vermögensanteil erlitten. Auf der anderen Seite haben seine Mitschuldner zwar durch die Befreiung von einer Schuld einen Vorteil erhalten, aber keine direkte Bereicherung erfahren, und nach den Grundsätzen der condictio wäre nur eine solche herauszugeben.

Es kann ferner nicht die Vermehrung des Vermögens des einen (wenn man dennoch eine solche annehmen wollte), durch den von einem anderen erlittenen Verlust allein eine rechtliche Verpflichtung begründen. Wenn auch die condictio indebiti entstanden ist aus der Erwägung: Natura aequum est, neminem cum alterius damno locupletiorem fieri, einem Satze, der noch mancher anderen Klage als Grundlage gedient hat, z. B. der actio negotiorum gestorum, der actio de in rem verso und in seinem letzten Ursprunge, der Billigkeit, einer der Leitsätze des ganzen prätorischen Rechts gewesen ist, so wird doch wohl niemand daran denken können, ihn mit voller Konsequenz durchzuführen.

Die actio communi dividundo.

Neben der condictio wird die actio communi dividundo[2] genannt. Bartolus befürwortete sie für den Fall einer unteilbaren Leistung. Die Klage hat aber noch weniger Anhänger gefunden als die beiden vorhergenannten. Sell[3] erwähnt sie bei der Besprechung von D. (9,3) 4, lehnt jedoch die a. c. d.

[1] Jhering (Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen. [Jahrb. f. Dogm. X, S. 332]) nimmt zwar eine Bereicherung an, hält aber diese nicht für grundlos, denn der Grund liege in dem zwischen den Mitschuldnern bestehenden „Reflexleistungsverhältnis". Gegen ihn wendet sich Windscheid (Pand. § 449, Anm. IIa; cf. auch die dort Angeff. und Mitteis Grünhuts Zeitschr. S. 472): „Ich für meinen Teil . . . . bin der Ansicht, daß diese (nämlich die von J. angeführten) Entscheidungen sich vollständig aus dem Rechte der negotiorum gestio und der condictio sine causa erklären".

[2] a. a. O.

[3] a. a. O. S. 397. „Mit einigem Schein möchte man noch nach dem Zusammenhange des Gesetzes für eine actio communi div. vermuten können".

aus zwei „nicht unwichtigen Gründen“ ab[1]. Erstens wäre der Ausdruck „utilis actio“ ohne nähere passende Verbindung für die Andeutung eines Kommunionsverhältnisses und der daraus hervorgehenden Klage doch gar zu vag und unbestimmt, zweitens wäre, wenn diese Klage wirklich gemeint sei, die actio directa eher am Platze. Die a. c. d. ist ja gegeben, wenn einer von mehreren Besitzern einer gemeinsamen Sache Aufwendungen auf diese gemacht hat[2]. Demnach könnte sie wohl auch dann gestattet sein, wenn mehrere Besitzer einer res corporalis sich bei deren Erwerbe zu einer Gegenleistung korreal verpflichtet haben und einer allein die Leistung erfüllt. Dies wäre aber wiederum ein ganz spezieller Fall, für den sich außerdem nirgends ein sicherer Beleg findet. Daher kann auch die actio communi dividundo nicht die generelle Klage auf Ausgleichung sein. Faber[3] spricht sich, wie gegen jede Klage, so auch gegen diese aus. Seine Beweisführung gipfelt in jedem einzelnen Falle darin, daß der zahlende Gesamtschuldner nur sein eigenes und nicht ein fremdes oder gemeinschaftliches Geschäft besorgt habe. Seine Ausführungen sind zwar sehr weitschweifig und lebhaft, aber nicht immer überzeugend. Daher genügt es, ihn zu erwähnen. Nur seine Ansicht über C. (8,40) 2 wird später noch näher zu besprechen sein.

Außer von Sell ist die a. c. d. sonst von niemand berücksichtigt worden.

Die actio negotiorum gestorum utilis.

Diejenige Klage nun, welche die lebhaftesten Kontroversen hervorgerufen hat, ist die a. negotiorum gestorum[4].

[1] Der Inhalt der lex ist folgender: „Wenn ein aus einem von mehreren Personen bewohnten Hause herabgeworfener Gegenstand jemand beschädigt und einer der Mitbewohner diesen Schaden ersetzt hatte, gebührte ihm gegen die übrigen eine utilis actio.

[2] J. (3,27) § 3; D. (10,3) 4,3; D. (10,3) 2 pr.

[3] a. a. O. Kap. 8.

[4] Der Erörterung der für und gegen diese Klage geltend gemachten Gründe mag — wie auch fernerhin — eine vielleicht ermüdende Aufzählung ihrer Hauptvertreter vorausgehen. Die einzelnen Beweismomente, wenige leges, kehren nämlich immer wieder und werden deshalb besser zusammen dargestellt.

Wie wir oben gesehen haben, wurde sie besonders von Baldus befürwortet. Schon vor Baldus hatte sich ein anderer Schriftsteller, Molinaeus[1], für sie entschieden und zwar für die actio directa, nicht wie fast alle anderen für die actio utilis (quia utilis minoris est dignitatis directa, quae iam competebat). Ihm folgte Giphanius[2]. Er hält einen Regreß nur beim Vorliegen eines besonderen Rechtsverhältnisses für möglich, kommt aber schließlich zu der Ansicht, daß eine a. neg. gest. utilis außer bei societas auch sonst gegeben sei, „cum negotium saltem aliquatenus fuerit gestum alienum“. „Und, so fährt er fort, negari vix potest, quin ea res, it est solutio unius et alterum quodammodo et quatantenus attingat, ut qui ea solutione quoque liberaretur“[3]. Weiter spricht sich Carpzow unbedingt für die Geschäftsführungsklage aus. „Weil hier gleichsam durch Zahlung seitens des einen Schuldners die Summe an den anderen Schuldner zurückgegangen sei, müsse der Erste eine Klage haben. Die actio neg. gest. sei aber diejenige Klage, welche man in Fällen gibt, wo es an einer ordentlichen Klage fehlt“. Derselben Ansicht sind Stryk[4], Heigius[5], Mevenda[6] und Hoppius[7].

Lauterbach[8] und Glück[9] halten zwar diese Klage für nicht begründet, schließen sich aber der herrschenden Meinung an.

Zu einer neg. gest. actio kommt auch Overbeck[10], aber auf dem Wege einer ganz abweichenden Ansicht. Sie möge deshalb wörtlich wiedergegeben werden: „Wir können es zugeben, daß eine correalis obligatio nur eine Schuld enthalte, aber daraus folgert noch nicht, daß um deswegen die übrigen correi, gegen den anderen der bezahlt hat, in keiner

[1] Quinque lectiones Dolanae lectio I, 7, 8.
[2] Explanatio diff. et celebr. leg. cod. S. 423–428.
[3] Definitiones forenses part. II, Const. XVII, Def. XIV.
[4] Stryk a. a. O.
[5] Heigius, quaestiones.
[6] Mevenda, controversiae Bd. IV libr. 24, Kap. 1, S. 459.
[7] Hopp. com. Buch 3, Tit. 17, S. 623.
[8] Laut. Kolleg. Bd. II, S. 686.
[9] Glück Pand. IV, § 339 a. E.
[10] Meditationen Bd. III, medit. 134.

Verbindlichkeit stehen; denn soviele Personen da sind, die sich correaliter verpflichtet haben, eben so viele Verbindlichkeiten sind auch unter denselben (I. 9 § 2 ff. de duob reis.). Ist daher eine, von den Verbindlichkeiten, nämlich dem Gläubiger die ganze Schuld zu bezahlen, aufgehoben; so bleibet dennoch die Verbindlichkeit der correorum untereinander bey Kräften, und vermöge dieser sind sie schuldig demjenigen, der bezahlt hat, schadlos zu halten". Daher falle auch der Unterschied zwischen causa lucrativa und onerosa — der später noch zu erörtern sein wird — weg. Nur sei bei der Klage auf die verschiedenen Umstände Rücksicht zu nehmen, also bald die actio negotiorum gestorum, bald die actio pro socio, mandati oder eine andere Klage am Platze.

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ist die a. neg. gest. nur von einem einzigen uneingeschränkt vertreten worden, nämlich von Sell[1] in seiner ausführlichen Abhandlung: „Über das Recht des correus debendi von dem anderen correus teilweisen Ersatz der gezahlten Korrealschuld zu verlangen". Holzschuher[2] hält die Klage wieder nur bei Solidarobligationen für gerechtfertigt, Siebenhaar[3] dann, wenn der Zahlende alieno nomine gehandelt habe. Jhering äußert sich dahin: Regelmäßig werde „das interne Verhältnis der Korrealschuldner das Ob und Wie des Regresses bestimmen. Wo sich aber die correi ohne eine besondere Beziehung gegenüberständen[4], nähme er keinen Anstand, demjenigen, der das Ganze hat zahlen müssen, die actio neg. gest. utilis zu gewähren".

Damit ist die Zahl derer, welche eine a. neg. gest. uneingeschränkt für möglich halten, erschöpft. Eine weitaus größere Anzahl spricht ebenfalls für die genannte Klage, aber doch mit gewissen Beschränkungen. Mitteis[5] hält sie nur bei vertrags-

---

[1] Zeitschr. f. Zivl. R. u. Proz. Bd. III, S. 370—422. Bd. IV, S. 17—36.

[2] Theorie und Casuistik des Gem. ZR. S. 117—119.

[3] Korrealobl. 3. Abt. S. 404-406, Jhering a. a. O.

[4] cf. das dort angef. Beisp.

[5] a. a. O. S. 473 ff.

mäßiger Korrealität für möglich. Höpfner[1] blos dann, wenn der Gläubiger seine Klage nicht abgetreten hat; andere wiederum nur bei Unteilbarkeit der Leistung z. B. Rubo[2]. Mit den Quellenstellen, die er als Argumente anführt, kann Rubo aber obige Ansicht nicht begründen. Von diesen Stellen handelt nur eine über ein Gemeinschaftsverhältnis, nämlich C. (2,19) 3. In D. (3,5) 1.3, 10; 1.39, 1.43 und C. (2,19) 18 dagegen führt der negotiorum gestor. ein ausschließlich fremdes Geschäft. Auch C. (2,1) 3 spricht nicht im geringsten für das Vorliegen einer gemeinschaftlichen Schuld. Ferner ist hier zu nennen v. Wenig-Ingenheim[3] und Brinkmann[4]. In den von diesem angeführten Fragmenten D. (3,5) 31,7 und D. (10,3) 19,2 ist allerdings von einer Gemeinschaft die Rede, ob aber das betreffende Rechtsgeschäft ein gemeinschaftliches war, wird später noch zu besprechen sein.

Andere Schriftsteller wollen dem Schuldner dann Regreß gewähren, wenn er zu Gunsten seiner Mitschuldner auf das Beneficium divisionis verzichtet hat. Hierher gehört Ronchegallus[5], der sich im übrigen eng an Bulgarus anschließt, ferner in neuerer Zeit Thibaut[6], Braun[7] und v. Schroeter[8], der sich darauf beschränkt, Thibaut beizustimmen, außerdem Unterholzner[9]. Die zuletzt Genannten ließen sich bei ihren Erwägungen von dem Gefühl leiten, daß dem Schuldner ein Anspruch auf Ausgleichung gebühre, weil er bei der Zahlung

---

[1] Theor.-prakt. Kom. über die Heineccischen Instit. § 820,1.

[2] Über die Teilbarkeit und Unteilbarkeit der Obligationen S. 112 Anm. 3: Eigentlich sei jeder nur für seinen Teil verpflichtet; daher handele derjenige, welcher wegen der Unmöglichkeit teilweiser Erfüllung das Ganze zahle, für seine Mitverpflichteten.

[3] Lehrbuch des Gem. ZR. Bd. II, S. 65.

[4] Verh. d. act. com. div. u. a. neg. gest. zu einander, S. 151, 152: Die Leistung sei kein eigenes, sondern ein gemeinschaftl. Geschäft.

[5] D. duob. reis. const. leg. XI pr., Nr. 40 ff.

[6] Thibaut, System des Pand.-R., Bd. I, § 227, Abs. 2, S. 175.

[7] Braun, Erört. Bd. I, § 227, S. 246.

[8] v. Schroeter, Zu der Lehre von den Korr.-Obl. (in Zeitschr. für ZR. u. Proz. VI, S. 435.

[9] Unterholzner, Schuldverh. Bd. II, § 534 a. E., S. 403.

den Vorteil seiner Mitschuldner im Auge gehabt habe. Ähnliche Gedanken haben auch Andere bewogen, sich für den Regreß zu entscheiden. Dieser sei dann gestattet, wenn durch die Zahlung überhaupt die Mitschuldner einen Vorteil erlangt hätten, wenn nämlich die korreale Verpflichtung aus einer für alle vorteilhaften causa onerosa entstanden sei, und jetzt durch die Leistung seitens des Einen die übrigen von der Gegenleistung befreit worden wären.

Von Azo[1] und Odofredus[2], des Weiteren von Gomez[3] wurde zunächst unterschieden, ob nur der Zahlende Vorteil gehabt habe oder alle correi. Hier könne ersterer Regreß nehmen pro partibus sibi tangentibus. Surdus[4] differenziert weiter ob die correi ex mera liberalitate (z. B. ex hereditate) oder ex causa onerosa (z. B. ex mutuo) verpflichtet waren. Diese Lehre wurde alsbald von Bartolus und Baldus[5] weiter ausgebaut. Ferner schloß sich Perez[6] ihr an mit folgender Begründung: Die correi ex causa onerosa scheinen einigermaßen unter den Begriff der correi socii zu fallen. Daher könne man wohl behaupten, daß dem Zahlenden die actio neg. gest. zustehe, denn wenn er auch gewissermaßen sein Geschäft besorgte, weil er auf das Ganze verpflichtet gewesen sei, so könne man dennoch in Rücksicht darauf, daß er auch die anderen Schuldner befreite, annehmen, daß er zugleich ihr Geschäft geführt habe. Derselben Ansicht waren Huber[7], Vötius[8], Berger[9], Hofacker[10] und Bucher[11]. Letztere drei

[1] a. a. O.

[2] a. a. O.

[3] Koment. var. res. iur. civ. 2. Bd. Kap. XII,3.

[4] Petri Surdi decisiones a. E.

[5] a. a. O.

[6] Ant. Perezii praelectiones in XII libros cod. (VIII, 46). Nr. 12, 13, 14.

[7] Ulrici Huberi Praelectionum iur. civ. Buch III Tit. XVII (S. 324).

[8] Joannis Vöticti Kom. ad Pand. II. Bd. D. (45,2) pr. 7.

[9] Oekonomia iuris lib. III Tit. III th. IV Nr. 8. (S. 446).

[10] Princ. iur. civ. III, Bd. § 2029.

[11] Das Recht der Forderungen. S. 273.

mit der Besonderheit, daß sie bei correi ex causa onerosa auf Authent: Hoc ita (C. de duob. reis) gestützt, eine societas präsumierten.

Malblanc[1] und Blondeau[2] sind für eine actio neg. gest., wenn die Schuld zu gemeinsamem Nutzen eingegangen ist, m. a. W. also durch eine causa enerosa. In gleichem Sinne äußerten sich Vangerow[3], Windscheid[4] und insbesondere Unger[5]. Windscheid scheint aber diese Ansicht erst später angenommen zu haben, denn in seiner Abhandlung: Zur Lehre von der Korrealobligation hält er einen Regreß für Begründet „nur bei Verhaftung aus gemeinschaftlicher Schuld, die nicht Böswilligkeit ist".

Ist nun eine actio neg. gest. utilis in der Tat angängig, da sich so viele für sie entschieden? Diese Frage wird jetzt zu erörtern sein[6].

Von ihren Verteidigern wird angeführt, daß sie utilitatis causa vom Praetor eingeführt wurde[7] und aus dem Prinzip der Billigkeit entstanden ist. Wie bereits früher erwähnt, ist dies an sich keine Besonderheit[8]; andererseits handelt das angeführte Fragment von einer wahren Geschäftsführung und ist natürlich im Rahmen dieser angebracht, es fragt sich aber noch, ob der zahlende correus ein fremdes Geschäft besorgt hat. Ebenso trifft D. (3,5) 47 pr.[9] nur dann zu, wenn die Grundbedingungen der Klage vorhanden sind.

---

[1] Princ. iur. Rom Bd. I, § 250 a. E. (S. 345).

[2] Esquisse d'un traitè sur les obligations solidaires. S. 45, 20.

[3] Lehrb. d. Pand. Bd. III § 573, Anm. 3 S. 73.

[4] Lehrb. d. Pand. R. Bd. 2 § 294, Anm. 3 (S. 207). Krit. Überschau d. dtsch. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. VI. S. 231.

[5] Pass. Korr. u. Sol. a. a. O.

[6] Vgl. zu Folg. Schroeter S. 419 ff.

[7] D. (3,5) 45,2: Quia aequum est in damno eum non versari, actione neg. gest. id eum petere placuit.

[8] cf. D. (9,2) pr. 51,2. Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innummerabilibus rebus probari potest.

[9] actio neg. gest. illi datur, cuius interest hoc iudicio experiri.

Man hat ferner gesagt, die actio neg. gest. trete dann ein, wenn es an einer ordentlichen Klage fehle, und sich auf D. (3,5) 32,1[1] berufen. Wenn nun in einem Falle regulärer Geschäftsführung die actio neg. gest. für die actio depositi und mandati eintritt, so kann man doch daraus keinen Schluß auf ihre allgemeine Subsidiarität ziehen, wie Sell[2] es tut. Von allgemeinen Gründen hat man schließlich noch den vorgebracht, daß sie ein iudicium bonae fidei sei. Dies ist zwar wichtig für alle Nebenumstände des der betreffenden Klage unterliegenden Rechtsverhältnisses, aber nicht für die Frage, ob und wann die Klage gegeben ist.

Schreiten wir nun zur Prüfung der einzelnen Quellen! Sell führt zu seiner Begründung D. (3,5) 30, C. (5,44) 4, D. (27,3) pr. 1 § 13 und C. (5,58) 2 an. Diese Stellen besagen, daß mehrere Vormünder oder Magistrate für ein in ihrer Geschäftsführung begangenes Versehen, wenn sie alle gemeinschaftlich handelten, oder die übrigen durch pflichtwidrige Untätigkeit zu dem Schaden mitwirkten, in solidum haften[3]. Nur in D. (3,5) 30 ist die Klage genannt, nämlich die actio neg. gest. In den anderen Fällen ist von einer actio utilis die Rede, in C. (5,44) 4 nur ein allgemeiner Ausdruck „more solito exigere" gebraucht. Sell weist nun an der Hand mehrerer anderer Stellen nach, daß diese actio utilis die actio neg. gest. utilis sei, Schroeter wieder entscheidet sich für eine Klage aus der fingierten Cession. Zu billigen sind hier beide Ansichten, es ist deshalb überflüssig, auf ihre Begründung näher einzugehen[4].

Ein weiterer Beleg des Regresses ist D. (9,3) 4, der Fall der actio de effusis et dejectis. Wenn man hier mit Sell

---

[1] Quia mandati vel depositi cessat actio, neg. gest. agitur.

[2] a. a. O. S. 373.

[3] cf. v. Schroeter a. a. O. S. 429.

[4] Wahrscheinlich war in älterer Zeit, in welcher bekanntlich die Forderungsübertragung noch wenig entwickelt war, nur die actio. neg gest. gebräuchlich, bis unter den Kaisern die Cession immer mehr aufkam und schließlich der actio neg. gest. eine actio utilis aus der fingierten Cession an die Seite trat. (cf. Schroeter a. a. O.)

eine actio neg. gest. annehmen will, die ja auch bei Besorgung gemeinschaftlicher Geschäfte möglich war, so ist man doch nicht berechtigt, von diesen wenigen besonderen Fällen auf einen Regreß bei allen Gesamtschuldverhältnissen zu schließen. Da die gesamtschuldnerische Haftung, wenn sie eine Folge der Unteilbarkeit der Leistung ist, zu den Korreal-Obligationen gerechnet wird, müssen wir auch hier die Leistung als eigenes Geschäft des Zahlenden auffassen und nicht als gemeinsames, wie es einige wollen. Zu diesen gehört außer den vorhin Genannten Ubbelohde[1].

Bei seiner Erwähnung sei eine Abschweifung gestattet. Ubbelohde nämlich behandelt insbesondere die prozessuale Geltendmachung des Anspruches auf Ausgleichung. Ihre Voraussetzungen seien außer den besonderen Rechtsverhältnissen (zu denen er eben auch die aus der Unteilbarkeit der Leistung entspringende Gesamthaftung rechnet)[2] Zustimmung der Mitschuldner zur Erfüllung und zweitens Zweckmäßigkeit inbezug auf die gewählte Art und Modalität der Erfüllung. Der erste Fall böte keine Schwierigkeiten, dagegen der zweite. Hier könne sich der belangte Schuldner durch Streitverkündung an seine Mitschuldner den Beweis über die Notwendigkeit der Erfüllung erleichtern. Denn so würden jene gezwungen, entweder als Nebenintervenienten in den Prozeß einzutreten oder „daß in demselben gefällte Urteil rücksichtlich der Existenz des Regreßanspruchs gegen sich gelten zu lassen, sofern sie nicht etwa ihrerseits darzutun vermögen, daß der Denunziant in seiner Verteidigung nachlässig gewesen sei oder kolludiert habe". Die tatsächliche Unmöglichkeit der Anzeige sei der geschehenen Denunziation gleich zu achten, wenn sie vom Regreßpflichtigen absichtlich verschuldet sei, sonst nur, wenn die Regreßverbindlichkeit auf einem schon vor Klageerhebung seitens des Gläubigers vorhanden gewesenen kontraktlichen oder außerkontraktlichen Verhältnisse beruht, daß die zur Ausgleichung Verpflichteten gewissermaßen zwänge, der Denunziation gewärtig zu sein".

---

[1] Lehre v. d. unteilbaren Obligationen. S. 270.

[2] S. 151,5.

Ubbelohdes fernere Ausführungen hier wiederzugeben, würde zuweit führen. Denn die bisher genannten Quellen handeln sämtlich von solidarischer Verpflichtung. Sell war der Unterschied zwischen Korrealobligation und Solidarobligation unbekannt, und an diesem Mangel scheitert seine und so vieler älterer Rechtslehrer Theorien[1]. Der Unterschied besteht nach herrschender Ansicht darin, daß bei Solidarität eine Mehrheit von Obligationen, bei Korrealität eine Einheit der Obligation vorliegt. Daraus ergibt sich: Leistet ein Solidarschuldner das Ganze, so löst er außer seiner eigenen Obligation durch die Befreiung seiner Mitschuldner auch deren einzelne Verpflichtungen. Er ist somit hier wahrer negotiorum gestor. und hat Anspruch auf Ersatz. Bei der reinen Korrealobligation hingegen bezahlt jeder nur seine eigene Schuld; ob er zufällig zugleich die übrigen befreit, ist also bedeutungslos. Wenn daher die actio neg. gest. auch nicht nur für fremde, sondern auch für gemeinsame Geschäfte erlaubt ist, so kann sie doch im obigen Falle nicht eintreten.

Wir haben gesehen, daß sich der Regreß des leistenden correus weder mit der actio mandati, noch mit einer condictio oder actio communi dividundo oder actio negotiorum gestorum utilis allgemein verwirklichen läßt. Da eine besondere Klage also nicht entsteht, so muß sich der Zahlende an die bereits vorhandene Klage des Gläubigers halten.

Rückgriff auf Grund der cedierten Klage des Gläubigers.

Falls der Gläubiger nicht freiwillig vorher cediert, sind drei Wege vorgeschlagen worden; der Schuldner solle sich nach Zahlung die Klage abtreten lassen, er solle den Gläubiger durch exceptio doli zur Abtretung zwingen, er könne eine actio utilis aus der fingierten Cession anstellen.

Es würde zu weit führen, alle diejenigen aufzuzählen, welche als Ausgleichungsmittel die Cession genannt haben. Ihre Aus-

[1] cf. dagegen Hasenöhrl S. 158, Schmid Cession I, 370.

führungen haben meistens den Inhalt: Der Gläubiger könne durch die Cession nichts verlieren, der Schuldner nur gewinnen, also sei es gewissermaßen eine moralische Pflicht des Ersteren, die Klage zu cedieren. Dagegen ist die Frage umstritten, wann die Cession erfolgen solle.

Die Cession nach der Zahlung.

Leistet der Schuldner, so erlischt die Klage, klagt der Gläubiger auf Leistung, so wird durch die litis contestatio die Klage konsumiert. Da also gar keine Klage mehr existiert, kann auch keine mehr übertragen werden. In diesem Sinne äußerten sich z. B. schon Giphanius[1], Vinnius[2], Faber. Bestätigt wird ihre Ansicht noch durch D. (46,3) 76. Die herrschende Lehre[3] vertritt daher die Ansicht, die Cession müsse vor oder bei der Zahlung erfolgen, sodaß gewissermaßen, wie das Fragment sagt, ein Verkauf der Forderung stattfindet und eher der Preis der Forderung als diese selbst beglichen wird[4]. Diese Auffassung bezeichnet Stammler[5] als keine glückliche, weil weder in den Voraussetzungen noch in den Wirkungen die Lehre vom Kaufvertrage durchgeführt werde. Es handele sich um eine gesetzliche, nicht um eine vertragsmäßige Abgabe der Forderung, und was die Wirkungen anbelangt, so sei nirgends angedeutet, daß Rechte und Pflichten von Käufer und Verkäufer bestehen sollen.

---

[1] a. a. O.

[2] Arnoldi Vinnii selectarum iuris quaestionum libri duo Buch I, Kap. VI, S. 27,28.

[3] cf. Vötius (Comm. ad Pand. II. Bd. D. [45,2] pr. 7) nam cum ipsi creditori licuerit singulos in partem virilen convenire, suam que inter eos obligationem dividere, ratio non apparet, cur non uni solidum solventi actiones contra ceteros pro rata cedat, quasi non tam solutio debiti, quam potius venditio nominis pacta esset. Adeo, ut talis cessio actionis etiam peti per cum possit, qui solidum solvere paratus est.

[4] Weiter geht Rosshirt (Gem. dtsch. ZR., Tiil II § 37,4): Der Regreß sei gerechtfertigt, wenn der Zahlende durch Cession oder „sofern er sonst mit dem anderen in Berechnung steht, sich helfen kann".

[5] Das Recht der Schuldverh. S. 202 ff. Berlin 1899.

„Die angebliche Verlegenheit bereitet man sich dadurch selbst, daß man das Bild von der Sondernachfolge preßt und die Cession allzusehr an die Tradition körperlicher Sachen in Gedanken anlehnt".

„Die Sondernachfolge kann in keinem Falle etwas anderes heißen als: Untergang des Rechts bei dem seither Berechtigten und Entstehen eines Rechts mit ganz gleichem Inhalt bei dem neuen Berechtigten"[1].

Die erzwingbare Cession.

Daß sich durch die Cession ein Regreß bewirken läßt, steht außer Zweifel. Wenn diese aber von der Willkür des Gläubigers abhängt, ist sie eben so wie die vorher benannten ein Ausgleichungsmittel, das eintreten kann, aber nicht für jeden Fall gegeben ist. Nur wenn die Cession der Willkür des Gläubigers entzogen würde, wäre die durch sie begründete Klage als allgemein gültiger Regreßanspruch anzusehen. In der Tat suchte eine Anzahl Schriftsteller nachzuweisen, daß die Abtretung der Klage erzwingbar, ja, daß sie durch eine actio utilis aus der fingierten Cession ersetzbar sei[2]. Vor allen anderen sind Savigny[3] und Demangeat[4] zu nennen, ferner Schweppe[5], Unterholzner[6], von Schroeter[7], Puchta[8], Seuffert[9], Arndts[10], Ryck[11], Lacour[12], Windscheid[13]. Besonders weit geht Gérardin[14]. Falls der Solidarschuldner, so führt er aus, durch ein

[1] Darin besteht der Unterschied von der Novatio.

[2] cf. Baldus S. 5.

[3] Das Obl. Recht Bd. I S. 42—278.

[4] Demangeat, Des obligations solidaires en droit romain. S. 225—267, 427—433.

[5] Schweppe, das Röm. Priv. R. Bd. III § 374 S. 17.

[6] Lehre des r. R. v. d. Schuldv., Bd. II S. 402.

[7] Schroeter, a. a. O.

[8] Puchta, Pand. § 235 a. E. S. 366.

[9] Seuffert, Pand. § 228,2, II (S. 8).

[10] Arndts, Pand. S. 409.

[11] Ryck, Schuldverh. § 19 S. 81.

[12] Lacour, a. a. O. S. 45—58.

[13] Windscheid, Pand. § 294, S. 207.

[14] Etude sur la solidarité S. 45, 46.

negotium stricti iuris verpflichtet ist, muß er zufrieden sein, wenn ihm der Gläubiger seine Rechte in dem Zustande überträgt, in dem sie sich z. Z. befinden, und kann — außer bei dolus des Gläubigers — einen Verlust oder Verschlechterung derselben nicht geltend machen. Im Falle eines negotium bonae fidei jedoch kann er den Gläubiger, der seine Klagen verloren oder geschwächt (affaibli) hatte, abweisen und die Zahlung in der Höhe des Nachteils verweigern[1].

Die oben Genannten berufen sich auf mehrere Quellenstellen, die teils das ben. ced. act. behandeln, teils als Argumente für einen allgemeinen Ausgleichungsanspruch dienen sollen[2]. Es ist allerdings unstreitig, daß in gewissen Fällen eine Cession durch exceptio doli erzwungen werden kann[3]; diese Einrede wird aber nicht immer gegeben sein, denn der Beweis, daß in allen Fällen, in denen ein Gesamtschuldner auf das Ganze verklagt wird, die Grundlage der exceptio doli, die Billigkeit gegeben ist, darf als nicht erbracht angesehen werden. Ferner ist die Einrede des dolus dann unmöglich, wenn der Schuldner freiwillig gezahlt hat.[4]

Wenn so der Schuldner, der allein auf die zedierte Klage angewiesen ist, nicht immer sein Ziel erreicht, wird er sich andererseits die Klage des Gläubigers abtreten lassen, wenn ihm schon eine andere aus einem besonderen Rechtsverhältnis zustand, denn die actio mandata kann für ihn deshalb vorteilhafter sein, weil alle mit ihr verbundenen Vorrechte, z. B. Pfandrechte, übergehen.

Die actio utilis aus der erzwingbaren Cession.

Die Cession wird, wie Savigny mit Recht betont, ein umständlicher und mangelnder Rechtsbehelf sein, auch wenn sie erzwingbar ist, besonders dann, wenn es der Gegner aus Eigen-

[1] Le débiteur solidaire, engagé par un negotium bonae fidaei, peut, au contraire, repousser le créancier qui a, par sa faute, perdu ou affaibli les actions qu'il avait : il peut le repousser dans la limite du préjudice qui lui est causé.

[2] z. B. D. (26,7) 38,2; D. (27,3) 21; D. (27,3) D. (50,15) 5.

[3] cf. Siebenhaar, VIII S. 408.

[4] cf. Demangeat S. 432.

sinn oder Trägheit auf den wirklichen Zwang durch Klage oder Exception ankommen läßt. Deshalb will Savigny, wie erwähnt, unter Berufung auf C. (4,39) 5 die actio utilis, von der in den Quellen die Rede ist, als die Klage aus der fingierten Cession hinstellen[1]. Das erste Beweismittel, das Savigny ins Feld führt ist D. (27,3) 1 § 13 u. 14[2]. Wir haben bereits oben gesehen, daß wir hier vor einem Beispiel solidarischer Haftung stehen. Wir müssen es vermeiden, von ihr einen Schluß auf reine Korreal-Obligationen zu ziehen. Außerdem finden wir keinen Anhalt für Savignys Behauptung; dagegen liegen alle Voraussetzungen einer negtiorum gestio vor. Dasselbe trifft zu bei D. (9,3) 1 § 10.

Von besonderer Bedeutung für Savignys Theorie ist nun D. (21,2) 65: rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt; quum alter pignus pro parte sua liberaset, rem creditor evicit; quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat propter indivisam pignoris causam, nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur; sed familiae erciscundae iudicium eo nomine utile est nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberavit pignus, an vero pro sua dumtaxat portione, quum coheredes negligentia damnosa non debet esse alteri?

Vangerow[3] hat der Folgerung Savignys, daß die Exceptio doli dann zulässig gewesen wäre, wenn die Miterben sich korrealiter verpflichtet hätten, entgegnet, daß er dieses Fragment unrichtig verstanden habe.

---

[1] Was den Zeitpunkt anbetrifft, so gelte die fingierte Cession als zu der Zeit erfolgt, in welcher die rechtliche Notwendigkeit der Cession begründet wird, d. h. wann der Cessionar die Abtretung erzwingen konnte.

[2] Die Erwiderungen auf Savignys Behauptungen charakterisieren insbesondere die Ansichten Vangerows und Samhabers, denen Verfasser sich im wesentlichen anschließt.

[3] a. a. O. S. 76.

„Bedenkt man nämlich, daß von dem Beneficium cedendarum actionum begreiflich nur dann die Rede sein kann, wenn der Gläubiger gerade wegen dessen, was er jetzt einfordert, auch eine Klage gegen einen Dritten hat, und daß also dasselbe in allen Fällen einer geteilten Obligation unmöglich zur Anwendung kommen kann, und erwägt man ferner, daß in dem Falle der l. 65 zit. die beiden Miterben sich gerade nur „pro partibus hereditariis“ verpflichtet hatten: so erhalten die Worte quia non duo rei facti proponerentur, auf welche Savigny so viel Gewicht legt, einen ganz anderen Sinn. Offenbar will nämlich Papinian damit nur sagen, daß die Klagen-Cession hier unmöglich sei, „weil ja die obligatio eine divisa sei, indem sich jeder der beiden Miterben nur für die Hälfte, nicht für das Ganze verpflichtet habe“. Aus dem Fragment könne man nur folgern, „daß in den Fällen der Korrealobligation das Beneficium ced. act. denkbarer Weise eintreten könne, aber keineswegs auch daß dasselbe in diesen Fällen immer wirklich begründet sei“.

Ein weiteres wichtiges Argument der Savignyschen Theorie ist D. (19,2) 47. Diese Stelle beweist allerdings, daß der Beklagte berechtigt ist, die Cession zu verlangen. Hier haben wir aber auch einen Fall, in dem es eine wirkliche Unbilligkeit wäre, wenn der Gläubiger, der eben so gut jeden Einzelnen auf seinen Teil verklagen konnte, aber weil es ihm bequemer war, den einen auf das Ganze belangte, jetzt diesen allein den Schaden tragen ließe. Hier ist also eine exceptio doli durchaus am Platze.

Savigny schließt nun daraus, es sei ein reiner Zufall, daß Marcellus nicht auch die Möglichkeit der actio utilis, „als notwendige Konsequenz“, erwähnt habe. Bestätigt findet er seine Annahme durch die Analogie der erwähnten Stelle mit D. (27,3) l. 1 § 13, 14. Er übersieht aber, daß es sich in fr. 1 um eine solidarische, hier dagegen um eine rein korreale Verpflichtung handelt.

Savigny ist es wohl nicht gelungen, mit diesen beiden Argumenten den Beweis für seine Theorie zu erbringen. Dagegen können seine Gegner ihm eine erdrückende Zahl von Stellen

entgegenhalten, welche sich mit der absoluten Anwendbarkeit der Klage aus der fingierten Cession nicht in Einklang bringen lassen. An erster Stelle steht D. (35,2) 62:

In lege Falcidia hoc esse servandum Iulianus ait, ut si duo rei promittendi fuerint, vel duo rei stipulandi, siquidem socii sint, in ea re dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniae stipulati essent, vel promisissent; quod si societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse, in utrius bonis conputari oporteat id, quod debetur, vel ex cuius bonis detrahi.

Hier ist zwischen correi, die socii, und solchen, die es nicht sind, scharf geschieden. Der Unterschied wäre aber völlig zwecklos, das ganze Fragment würde eines verständigen Sinnes entbehren, wenn man dem correus auch beim Fehlen eines Sozietätsverhältnisses eine Regreßklage gestatten wollte.

D. (35,2) 62 sind noch mehrere andere Fragmente an die Seite zu stellen, so z. B. D. (2,14) 25 betreffend das pactum de non petendo, D. (4,8) 34 betreffend das receptum arbitrii, in denen im selben Sinne ausdrücklich geschieden wird.

Savigny will allerdings D. (35,2) 62 der Art verstanden wissen, daß eine actio pro socio ein bei weitem sicherer Weg sei als die actio utilis, daß man mit jener Klage bestimmt durchdränge, bei dieser aber ein Erfolg „immerhin als ungewiß betrachtet werden könnte, solange noch die ganze Lehre von der fingierten Cession durch actio utilis in allmählicher Ausbildung begriffen war". Savignys Versuch hat keinen Anklang gefunden[1]. Die älteste gesetzliche Anerkennung der fingierten Cession stammt nämlich von Antoninus Pius. Damit verträgt es sich wenig, daß eine Anzahl von Fragmenten des Papinian, Ulpian und Paulus, die also jünger als jenes Reskript sind, den Unterschied von Sozietät und Nichtsozietät festhalten.

Samhaber bringt als weiteres Argument für die Verneinung des Rückgriffs D. (46,1) 71 pr.: cum altero autem

---

[1] cf. Fitting, die Natur der Korr.-Obl. S. 103, Anm. 129. Windscheid, Pand. S. 77. Samhaber a. a. O. S. 194.

reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerint, posse creditorem agere, wo er die Beschränkung des Klagerechts im Falle der Societas auf den Regreßanspruch des Sozius zurückführt. Weiter zieht er D. (34,3) 29 heran. Si is, qui duos reos promittendi habet, damnaverit heredem, ut utrosque liberet, si alter ex his capere non possit, nec socii sint, delegari debebit is, qui nihil capit ei, cui hoc commodum lege competit, cuius petitione utrumque accidit, ut et hoc commodum ad eum perveniat, et is, qui capit, liberetur. Quod si socii sint, propter eum, qui capax est, et ille capit per consequentiam, liberato illo per acceptilationem; id enim eveniret, etiamsi solum capacem liberare iussus esset.

Der Unterschied zwischen socii und non socii beruhe wiederum auf der Möglichkeit des Regresses bei jenen; denn im Falle eines durchgängigen Rückgriffsrechtes wäre eine Befolgung der lex Julia et Papia Poppaea nicht bloß im Falle der Societas, sondern durchweg ausgeschlossen.

Die übrigen Stellen, welche im allgemeinen dasselbe Ergebnis rechtfertigen, mögen nur erwähnt werden. Es sind D. (2,14) 21,5 und D. (2,14) 23 im Vergleich mit D. (2,14) 25, ferner D. (45,2) 9,1 und D. (15,3) 10,10.

Zum Schluß ist noch eins zu bemerken. Nicht in allen Fällen, in denen eine Cession durch exceptio doli erzwungen werden kann, ist auch die fingierte Cession anerkannt. Bestimmt verneint ist sie dagegen beim Mitbürgen und mit einer einzigen Ausnahme[1] bei demjenigen, welcher einen Pfandgläubiger abgefunden hatte[2]. Savigny behauptet hierzu, daß die Klage, deren Cession nach C. (8,41) 11 erzwungen werden kann, nur gegen den Hauptschuldner, nicht gegen die Mitbürgen gerichtet ist. Dem widersprechen aber D. (46,1) 1,17, 1,36, 1,39, welche auch die Cession der Klage gegen den Mitbürgen anerkennen[3].

---

[1] D. (30,1) 57 a. E.

[2] Vangerow S. 77. Mühlenbruch Cession S. 464.

[3] Gegen die actio utilis hat sich auch Mitteis a. a. O. S. 470 ausgesprochen.

Ziehen wir nun aus dem Gesagten das Fazit, so kommen wir zu dem Resultat: Der Gläubiger kann seine Klage freiwillig zedieren. Diese Cession muß vor der Leistung ausgemacht sein, sodaß dann gewissermaßen ein Verkauf der Forderung stattfindet. In Fällen, in welchen die Voraussetzungen der exceptio doli vorliegen, kann der verklagte Schuldner mittels dieser Einrede die Leistung solange vorenthalten, bis der Gläubiger sich zur Cession bereit erklärt. In gewissen Fällen kann an die Stelle der erzwingbaren Cession die actio utilis aus der fingierten Cession treten.

Die Möglichkeit eines Rückgriffs nur auf Grund des unterliegenden Rechtsverhältnisses.

Wir würden daher zu dem Schluß kommen, daß das römische Recht einen generellen Regreß nicht gekannt hat. Und doch scheint eine constitutio, die wir bisher übergangen haben, das Gegenteil zu beweisen. Savigny zwar behauptet vom Standpunkte seiner Theorie aus, die lex Creditor[1] verdiene die ihr zu teil gewordene Berücksichtigung nicht: „Es ist kaum zu sagen, wieviel ganz überflüssige Subtilität bei Erklärung dieser Stelle und ihrer einzelnen Ausdrücke verschwendet worden ist.“ Und später: „Wüßten wir, welche Tatsachen zum Grunde klagen, so würden wir eben so wenig im Zweifel sein, als der Verfasser des Reskripts, der die Akten vor sich gehabt hat.“

Savigny mag Recht haben, doch die späteren Schriftsteller haben unbeirrt dieses Reskript in den Mittelpunkt ihrer Betrachtungen gerückt. Es ist deswegen erforderlich, näher darauf einzugehen.

Die extremste Auffassung vertritt Faber[2], der die ganze lex streichen will. Zunächst beruft er sich darauf, daß auch die lex I später eingefügt sei, und zwar: „Von einem nicht weniger unerfahrenen als vorwitzigen Interpreten“. Schon Jrnerius[3] hat sich gegen lex I ausgesprochen und erklärt, diese

---

[1] C (8,40) 2.

[2] a. a. O. Kap. 17.

[3] Letzte Glosse ad authent. Hoc ita sub h. t. ex. nov. 99.

Zeilen seien „Mißgeburten" aber keine Worte. Giphanius[1] hat weiter darauf aufmerksam gemacht, daß die Konstitution weder in den alten Ausgaben zu finden, noch von Accursius[2] Baldus[3] u. a. anerkannt sei; in demselben Sinne äußerte sich Cujazius[4]. Wie dem auch sei, wir sind darum nicht berechtigt, auch die l.2 für unecht zu halten. Fabers weitere Beweisführung beschränkt sich nun darauf, daß die l.2 mit seiner vorher entwickelten Theorie, also seiner vorgefaßten Meinung, in Widerspruch steht. Deswegen glaubt er, daß diese Stelle einem „noch vorwitzigeren und ganz unerfahrenen Interpreten" zuzuschreiben sei. Wenn aber Faber mit den Worten schließt: Jdque luce meridiana clarius ex superioribus liquere arbitror, so dürfte er mit dieser Ansicht fast allein bleiben. Wohl nur Petrus Heigius hat sich ihm in seinen Quaestiones iuris angeschlossen, jedoch fügt dieser bescheiden hinzu, er „wolle niemandem Gewährsmann sein, daß er auf die Beweise Fabers allein gestützt sich sicher den Sieg verspräche oder seine Leser zu überzeugen versuchte." Außer Heigius hat Faber keine Anhänger, aber zahlreiche Gegner gefunden. So äußert sich Sell[5]: „Die Prüfung der Gründe, wodurch Faber sein gewagtes Unternehmen zu unterstützen gesucht, und das Ermessen der Folgen, welche diese leichte Manier, unbequemer Einwendungen kurzweg sich zu entledigen, für die Wissenschaft bei konsequenter Durchführung haben muß, — dies alles überlasse ich dem Leser —."

Doch nun zur Stelle selbst! Ihr Text lautet: Impp. Diocletianus et Maximianus At. Diogeni. Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi eiusdem pecuniae a quo velit. Et ideo, si

---

[1] Explanatio S. 423 ff.

[2] a. a. O.

[3] a. a. O.

[4] Opera C. 8 in Tit. 39 l.2: Lex l omnino delenda est, tamquam adulterina. Est quidem in editione Haloandri, set plane νοθεύεται cum nec verba eius ullum referent sensum idoneum nec sit in Basilicis, nec in veteribus codicibus.

[5] a. a. O. S. 464.

probaveris te conventum in solidum exsolvisse rector provinciae iuvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.

Hat man unter dem communiter accipere ein rein zufälliges Zusammenhandeln zu verstehen, dann ist allen denen Recht zu geben, welche beim Vorliegen einer causa onerosa einen Regreß bewilligen, sind dagegen diese Worte als Hinweis auf ein Sozietätsverhältnis zu verstehen, dann wäre diese Stelle nur ein weiterer Beweis dafür, daß allein das besondere Rechtsverhältnis für die Regreßfrage entscheidend ist.

In ersterer Hinsicht entschieden sich Gomez[1], Huber[2], Malblanc[3], Blondeau[4], Mühlenbruch[5], v. Schroeter[6], Vangerow[7], Windscheid[8], Giphanius[9] u. a., in letzterer dagegen z. B. Vinnius[10], Vötius[11], Günther[12], Heimberger[13], Rubo[14], Bülow[15], Braun[16], Göschen[17] und Habicht[18]. Wieder andere wie Heigius[19], Lauterbach[20], Hofacker[21], Bucher[22] sind noch weiter gegangen, und haben gefolgert, daß

1 Com. var. res. iur. civ. tomi III, Bd. II, Kap. 12,3.

2 Praelectiones iur. civ. tomi III, Buch III. Tit. XVII, S. 324.

3 Malblanc, Princ. iur. Rom. Bd. I, § 250 a. E., S. 345.

4 Esquisse d'un traité sur les obligations solidaires.

5 Cession d. Ford. R. § 44, S. 468.

6 v. Schroeter a. a. O., S. 434.

7 Vangerow, Pand. § 573, Anm. 33, S. 72.

8 Windscheid, Pand. § 294, Anm. 3, S. 207.

8 Giphanius, Com. ad. Inst. Buch III, Tit. XVII, S. 625. Usus hodiernus.

10 Selectarum iur. quaest. libri duo Buch I, Kap. VI, S. 27,28.

11 Com. ad. Pand. Bd. II, D. (45,2) Nr. 7.

12 pr. iur. Rom. priv. § 914.

13 iur. Rom. priv. tomi IV § 459.

14 Über die Teilbarkeit und Unteilbarkeit der Oblig., S. 112, 113.

15 Abhandl. über einzelne Materien des r. R., Tit. II, S. 174.

16 Erört. über die bestrittensten Materien des r. R., Tit. I, S. 245.

17 Vorles. über das ZR. Bd. II, Abt. II, S. 15, Nr. 14.

18 Rechtl. Erört. u. Entsch. gemeinrechtl. Kontrovers., S. 65.

19 Heigius, Quaest. iur. P. I, Qu. 37, Nr. 32.

20 Lauterbach a. a. O.

21 Hofacker a. a. O.

22 Bucher a. a. O. cf. Vangerow a. a. O.

bei Korrealobligationen, die aus einer causa onerosa entstanden, ein Gesellschaftsverhältnis vermutet werde.

Gegen die Annahme einer Societas wird vorgebracht, das Resultat der Stelle würde dann so trivial sein, daß man sich eine diesbezügliche Anfrage an den Kaiser kaum denken könne, ferner sei es willkürlich, den Ausdruck communiter auf eine vorhandene Sozietät zu beziehen, es sei damit nur gesagt, daß die Schuldner beide zusammen das Darlehn aufgenommen hätten; weiter, daß es eine unverzeihlich nachlässige Ausdrucksweise wäre, wenn die Societas mit so unbestimmten Worten angedeutet werden sollte.

Inbezug auf diese letzten Worte wird man zusehen müssen, ob nicht doch auch an anderer Stelle unter communio ein Hinweis auf Sozietät enthalten ist. Dies ist in der Tat der Fall, z. B. in D. (17,2) 12, § 2. 114, 24, 27, 31, 34, 38, § 1. 139, 45, 47, 52, 60, 63, § 9. 167, 71, 72, 73, § 1. 174, 81, 82, ferner in D. (10,3) 11, 2, 4, 6, 8, 11, 12, 15, 20, 24, 25, 26, 27, 28, 29. C. (3,37) c. 1, 2, 3, 4.

Ebenso wie das Adjektivum communis finden wir das Adverbium communiter gebraucht, nämlich in D. (17,2) 31[1]. Mittels dieser Beweise läßt sich wohl der von Vangerow erhobene Vorwurf vager Worte und nachlässigen Ausdrucks zurückweisen. Die Bezeichnung communiter für ein Sozietätsverhältnis war wohl zum mindesten nicht ungebräuchlich. Dagegen wäre es allerdings bedenklich, unter dem allgemeinen Ausdruck iuvare eine neu verliehene Klage zu verstehen, wie es die Gegner wollen. Eine solche hätte doch wohl eine nähere Bezeichnung erfordert. Man muß also die Rechtfertigung dieser Ausdrucksweise in den näheren Umständen suchen, und diese würden, wenn man unter communiter ein Sozietätsverhältnis versteht, sofort den Beweis erbringen. Dem weiteren, nicht erheblichen Vorwurf Vangerows, die Stelle würde dann einen trivialen Sinn bekommen, könnte man begegnen mit der Andeutung Savignys: Wir kennen ja die besonderen Gründe nicht, die eine Anfrage an den Kaiser als wünschenswert erscheinen ließen.

[1] Im Anschluß hieran könnte man noch fr. 32, 33, 62 h. c. erwähnen.

Die Annahme, communiter accipere sei unter Gebrauch der alltäglichen Bedeutung des Adverbs mit „Zusammenempfangen" zu übersetzen, hat Habicht[1] in, wie ich glaube, schlagender und logischer Beweisführung widerlegt. Vangerow[2] dagegen, der sich trotzdem der gegenteiligen Ansicht anschloß, hat auch nicht den Versuch eines Beweises erbracht.

Wenden wir uns nun zu der Ansicht, welche aus l. Creditor die Ausgleichung infolge einer causa onerosa herleitet! Ein Regreß soll also hier ermöglicht sein, wenn die Gesamtschuldner gegenüber ihrer korrealen Verpflichtung irgend welche Vorteile genossen haben, bezw. wenn sie bei der Verwendung des Schuldobjekts einen vorteilhaften Zweck im Auge hatten[3]. Die erstgenannte Annahme, nämlich daß jeder seinen Vorteil tatsächlich erlangt hat, findet keine Bestätigung in 1.2, und auf bloßen Vermutungen kann man keine Theorie aufbauen. Der Schluß, daß hier das Objekt in der Absicht eines für jeden vorteilhaften Zwecks verwendet worden sein müßte, bewiese aber nur die oben genannte Grundbedingung des Rückgriffs. Wenn die Kaiser durch diese allgemeinen Gründe zur Bewilligung des Ausgleichungsrechts bewogen worden wären, dann müßte man in jedem Falle einen Regreß annehmen, dann würde man vor der unüberwindlichen Schwierigkeit stehen, so viele das Gegenteil beweisende Stellen widerlegen zu müssen.

---

[1] Habicht a. a. O., S. 44.

[2] Vangerow a. a. O., S. 72.

[3] Hier ist zu bemerken: Daß jedem, besonders dem zu belangenden correus das Objekt des Geschäfts zu Gute gekommen ist, bezw. daß der zahlende Schuldner Vermögensopfer gebracht hat, die Vorteile für die übrigen im Gefolge hatten, ist eine allgemeine Vorbedingung für den Regreß. Schon ältere Rechtslehrer (cf. Ubbelohde S. 273) haben darauf hingewiesen, daß ein Rückgriff dann völlig ausgeschlossen ist, wenn der Zahlende allein auch den Vorteil des Rechtsgeschäfts genossen hat. Auch trotz eines besonderen Rechtsverhältnisses müßte in letzterem Falle der Regreß verneint werden. (cf. Habicht S. 45 a. a. O. cf. den bei Pufendorf angef. Rechtsfall: Ceterum si unus ex reis fideiiussor potius intellegitur, forte autem principalis debitor solvit, constat, hunc repetere nihil posse. Si autem fideiiussor solvit, a reo principali solidum repetit. Quod consideratum est in causa der Frau Gräfin Maria Aurora v. Königsmark, weil. Pröbstin zu Quedlinburg nachgebliebener Gläubiger).

Stellen wir uns aber auf den Boden der v. Schroeterschen Ansicht, nämlich, daß in l. 2 jeder der beiden correi reicher geworden ist, so wäre dies möglich gewesen erstens dadurch, daß beide das Darlehn nach Empfang geteilt und ein jeder seinen Teil für sich verwendet hätten[1] — diese Annahme ist durch das Gesetz nicht im Geringsten gerechtfertigt; wir müssen vielmehr eine gemeinschaftliche Verwendung solange annehmen, bis das Gegenteil zum mindesten mehr Wahrscheinlichkeit für sich hat — oder zweitens das Darlehn zu gemeinschaftlichen Zwecken verwendet worden wäre. Dann läge der Gedanke nicht weit, daß der Grund der Regreßbewilligung in der durch dieses Faktum begründeten communio zu suchen sei[2].

Soweit dürfte Schroeter der Beweis seiner neuen Ausnahme nicht gelungen sein. Dazu kommt noch die oben erwähnte Unsicherheit über die zu bewilligende Klage. Die Gründe, weshalb es die actio neg. gest. nicht sein kann, sind bereits oben erörtert worden, sie decken sich im wesentlichen mit denjenigen Habichts.

Erwähnt seien ferner die von der großen Menge erheblich abweichenden Ansichten von Mitteis[3] und Waldner[4], weiter die einiger Schriftsteller, welche einen Regreß befürworten mit einer Klage, die sie nicht näher bezeichnen[5]. Hierher gehört Goeddaeus[6], Janus A'Costa[7], Arndts[8], Dernburg[9].

Dem zahlenden correus eine Klage zu geben, wenn er es versäumt oder absichtlich darauf verzichtet hatte, das Beneficium

---

[1] cf. Habicht a. a. O. S. 51.

[2] cf. Habicht a. a. O. S. 52, 53.

[3] Mitteis, Zur Lehre von den Gesamtschuldverh. (in Grünhuts Zeitschrift S. 469 ff.): Scheidung zwischen gesetzlicher, testamentarischer und vertragsmäßiger Korrealität. Rückgriff nur bei den beiden ersten.

[4] Waldner, Die korreale Solidarität (S. 122—127): Regreß die natürliche Folge der Korreal-Obl.

[5] cf. gegen beide Binder, die Korreal-Obl. im röm. und heut. Recht. (§ 18 Anm. 44 S. 292) und Eisele, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 77, S. 378.

[6] Goeddaeus. Comm. de contr. et com. stip. Kap. 9 Nr. 135.

[7] Janus, Inst. de duob. reis § 1 debitum accipiendo S. 412).

[8] Arndts Pand. S. 419.

[6] Dernburg, Pand. S. 204.

divisionis geltend zu machen, wie es z. B. Salicetus[1], Ronchegallus[2], Braun[3], Unterholzner[4] vorschlagen, liegt nicht die geringste Veranlassung vor.

Wenn wir bei solidarischer Haftung aus Delikten und Quasidelikten den Regreß statuieren, so müssen wir jedoch alle Fälle des dolus, dem auch hier die culpa lata gleichzustellen ist, ausnehmen. Hier reden die Quellen eine ganz klare Sprache, und hierüber sind auch alle Interpreten einig. Belege finden sich in D. (27,3) 1, 14 und D. (3,5) 30. Dahin führt auch die Analogie mit anderen Fällen, in denen das römische Recht dem Beklagten, wenn er dolos handelte, seine Schutzmittel versagte; so z. B. verlor der Sozius das Beneficium competentiae, der Bürge das Beneficium divisionis[5]. So konnte auch keine Societas dolo malo oder fraudandi causa eingegangen werden[6].

Infolge dieser Bestimmungen werden die vier Hauptdelikte aus unserer Betrachtung (wenigstens hinsichtlich des römischen Rechts), ausscheiden, denn furtum, rapina und iniuria setzen dolus voraus. Es bliebe also nur das damnum iniuria datum; allein die actio legis Aquiliae ist eine actio mixta (poenalis und rei persecutoria), und da nach der herrschenden Meinung im römischen Recht der pönale Charakter vorwiegt, die Leistung also als Strafe gilt, so werden die übrigen nicht befreit, sind demnach auch nicht zur Ausgleichung verpflichtet. Im gemeinen Recht verschwanden indessen die reinen Strafen, es wurde also die actio legis Aquiliae zu einer actio rei persecutaria herabgedrückt, welche einen Regreß ermöglichte[7].

Wenn wir daher das bisher Gesagte zusammenfassen, kommen wir zu folgendem Resultat:

---

[1] Sal. tert. Kom. Sup. 8 Cod. D. duob reis l Cred. 4.

[2] Ronch. D. duob reis Const. leg. 11 Br. Nr. 40 ff.

[3] Braun, Erört. S. 246.

[4] Unterholzner, II S. 402.

[5] Sell a. a. O. III, S. 418.

[6] cf. oben D. (27,3) 1, 14.

[7] Vgl. Stryk 19, Tit. 2, § 5. Pufendorf Tit. 4, Obs. 95. Glück 4, § 705. Thibaut § 963. Unger, Jahrb. f. Dogm. XXII, S. 290. Dernburg II, § 129, Anm. 13.

Ein Regreß findet statt bei Korrealobligationen auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses, z. B. mit der actio pro socio, wenn die Schuldner in einem Sozietäts- oder Kommunions-Verhältnis standen, mit der actio mandati, wenn ein Auftrags- oder Bürgschafts-Verhältnis vorlag, mit der actio negotiorum gestorum, wenn in der Übernahme der Verbindlichkeit bereits eine negotiorum gestio lag. Ein Rückgriff ist ferner möglich infolge einer Cession der Klage, evtl. mit einer actio utilis. Bei Solidar-Obligationen ist in erster Reihe das besondere Rechtsverhältnis maßgebend; ein Regreß mit der actio negotiorum gestorum ist nicht abzuweisen. Völlig ausgeschlossen ist der Ausgleichungsanspruch im Falle dolosen Verhaltens einschließlich der culpa im Falle der lex Aquilia.

Der eben geschilderte Standpunkt der überlieferten Quellen wird außer von Hufeland[1], Mühlenbruch[2], Valett[3] — um nur einige anzuführen — von einer Anzahl Autoren vertreten bei denen allen eine gewisse Inkonsequenz in ihrem Gedankengange hervortritt. Sie erklären erst mit großem Nachdruck, einen Regreß könne es nur auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses geben, und halten schließlich doch im Interesse der Billigkeit die eine oder andere Klage für statthaft. Zum Teil macht sich dieser Widerspruch auch in der Praxis bemerkbar.

Das Gesamt-Oberappellations-Gericht in Zerbst[4] vertrat allerdings die gleiche Ansicht wie Habicht[5]; aber schon hier tritt die Verschiedenheit der Anschauungen zu Tage. Die erste Instanz urteilte wie nachher das Ober-Appellations-Gericht, die zweite dagegen schloß sich der Sellschen Ansicht an. Ferner wird, wie erwähnt, von verschiedenen Theoretikern darauf hingewiesen, daß die Gerichte in der Regel anders entschieden[6]. Es ist ja

---

[1] Hufeland, Lehrb. d. gem. ZR., Bd. I § 334, S. 131.

[2] Mühlenbruch, Doctrina § 595, II, S. 299.

[3] Valett, Lehrb. d. prakt. Pand.-R., Bd. II § 451, S. 52.

[4] Urteil v. 16. Juni 1840 und 5. Oktober 1838.

[5] Vgl. Habicht a. a. O., S. 76, 77.

[6] Bezüglich der Ausgleichung in D. (3,5) 30 findet bei Lindelof (Von der actio tutelae utilis. Arch. f. ziv. Pr. VII S. 123) ein Rechtsfall Erwähnung, der wegen seiner Kompliziertheit nur seinem abstrakten Inhalte nach mag

auch leicht erklärlich, daß die Praxis und die gesunde Rechtsentwickelung den streng theoretischen Standpunkt verlassen mußte.

Schon das römische Recht suchte mit dem Beneficium cedendarum actionum zu helfen. Spätere Rechte haben den Gedanken weiter entwickelt. Allen voraus ging das französische Recht, von Molinaeus an bis auf den code civil. Auch deutsche Stadtrechte sind zu nennen; freilich ging das deutsche Privatrecht, das in diesen Rechtsbüchern verkörpert ist, von anderen Gesichtspunkten aus als das römische Recht.

Die Ausgleichung unter Gesamtschuldnern nach den späteren Gesetzgebungen.

Deutsche Stadtrechte.

Im deutschen Rechte beruhten alle Fälle, in denen für eine Schuld mehrere verpflichtet waren, auf dem Unterschiede von Schuld und Haftung[1]. Es bestand nur eine Schuld, aber für diese so viele Haftungen als Verpflichtete.

Die Art der Haftung war verschieden. Neben Fällen, in welchen der Gläubiger nur einen Gesamtschuldner auf das Ganze belangte und es ihm überließ, sich mit seinen Mitschuldnern auszugleichen, finden sich Beispiele, in denen der Gläubiger unter Ablehnung von Teilzahlungen alle zusammen belangen mußte. Neben diese der römischen ähnliche Gesamtschuld und das deutsche Gelöbnis coninuctis manibus trat im späteren Mittelalter noch die Teilhaftung[2], ein Schuldverhältnis, bei dem

wiedergegeben werden. Das in erster Instanz entscheidende Oldenburgische Gericht und das Herzogliche Ober-Appellationsgericht sprachen ungefähr aus: Der Vormund, der ohne vorhergehende Cession für seinen Mitvormund an sein Mündel zahlt, hat gegen jenen die actio tutelae utilis und kann die dem Mündel zustehende gesetzliche Hypothek für sich in Anspruch nehmen.

[1] cf. Hübner S. 519.

[2] cf. Heusler Inst. d. dtsch. Privatr. § 128 S. 260 ff. Hübner S. 520.

jeder Schuldner nur seine Quote zu zahlen hatte, aber solange, bis die ganze Schuld beglichen war, verhaftet blieb und für einen etwaigen Ausfall (wiederum nach Verhältnis seines Anteils) einzustehen hatte.

Als ein Beispiel der Gesamthandsverpflichtung erweckt (wegen der Erwähnung des Rückgriffs) eine Entscheidung im Brünner Schöffenbuch Interesse[1]: „Wenn zwei Schuldner in solidum Einlager versprochen haben und der eine in das Einlager geht, so kann er von dem anderen die Hälfte der ihm dadurch entstandenen Kosten ersetzt verlangen.“ Aber nicht immer, wo die Quellen von einer Verpflichtung zur gesamten Hand sprechen, ist tatsächlich eine solche gemeint. Vielmehr wird der Ausdruck auch auf Fälle eigentlicher Gesamtschuld angewendet, z. B. in Konung Magnus Erikssons Stadslag in Schlyter XI, Radzstuffe balker 17[2]: „Nehmen nun Zwei mit gesamter Hand irgend ein Gut zur Leihe und entflieht der Eine, man nehme das Volle von dem, der dageblieben ist, und jener nehme sein Recht, wo er mag. Es kann dies sein, dass die beide dableiben und man den einen oder anderen von ihnen auffordert, man habe darum noch nicht vertan sein Recht, sondern welchen von ihnen er trifft oder vorgreift, davon nehme er sein Recht heraus, wie wenn es beide wären“ und in den Hallischen Schöffenbüchern S. 404 Nr. 42[3]: „Heydeke hat gelowet mit Peter Lyning mit samender Hand Hans Lange 4 Schock Kreuzgroschen. Hans Lange klagt den Heydeke vor Gericht ab, dass dieser ihm das Geld geben musste; da fragt Heydeke eines Urteils, ob er sich nicht möge erholen in Peter Lyninges Gütern des Theils, das er für Peter geben musste. Gefunden, dass er das thun dürfe.“

---

[1] Roessler, Stadtr. v. Brünn S. 66, 67. Unde tanta est vis promissi importati per dictionem in solidum, quod ioannes expensas per wenzeslaum factas solvere tenetur medias ipso iure.

[2] Zitiert bei Amira Nordgerman. Obl.-Recht Bd. I S. 177.

[3] zit. bei Heusler a. a. O.

Das prägnanteste Beispiel einer Gesamtschuld liefert im Deutschen Rechte die Mitbürgschaft. So bestimmt das Augsburger Stadtrecht c. 389[1]: Der Gläubiger beklagt under den bürgen, welchen er wil — und in welchen schaden der komt dess sint ihm die schuldig abzuthun, die mit ihm Bürgen sein; wan sie unverscheidenlich bürgen sein mit enander" desgleichen das Bremer Recht von 1303 Ord. 127: „were dher borgen wellic alse kumberachtic dhat he sin anthal nich gelden ne mochte, se scolden dhe gelden, dhe mit eme lovet hebbet, unde so moghet dhe vor eme geldet ene wol bekummeren vor sin anthal."

Den hier ausgesprochenen Grundsatz finden wir weiter ausgeführt im Brünner Stadtrecht Kap. 129[2], einer Entscheidung ungefähr folgenden Inhalts: Der Regreß sei eine Forderung der Billigkeit, wenn daher die Gesamtschuldner im Grunde nur pro rata hafteten, so könnte derjenige, welcher mehr als seinen Teil bezahlte, von den übrigen Ersatz des Mehrbetrages verlangen. Es erübrigt sich, weitere Belege anzuführen. Jenes Prinzip galt[3] allgemein im deutschen Recht, nämlich das deutsche Recht anerkannte den Rückgriff unter Gesamtschuldnern, und es kannte weiter die cessio legis. Das ist ein bedeutender Fortschritt gegenüber dem corpus iuris, und hierin liegt zugleich (für unser Thema) der fundamentale Unterschied zwischen römischem und deutschem Recht.

Während dort der Schuldner nur selten (aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft oder mittels der exceptio doli) eine Ausgleichung bewirken konnte, ist eine solche hier von selbst gegeben. So kann der zahlende Gesamtschuldner verlangen, daß der dem Gläubiger zur Schuldhaft ausgelieferte Schuldner

---

[1] cf. Stobbe, Dtsch. Vertragsr. S. 171 ff.

[2] Roessler, Stadtr. v. Brünn S. 65, 66. Idem tamen habet suum condebitorem quem creditor liberum divisit, pro parte eum contingente, vel illis modis specialiter, quibus creditor ipsum occupat, angrariare, vel modis, qui communiter iustitiae conformes fuerint, coartare.

[3] Auch in den nordischen Ländern cf. v. Amira S. 180.

jetzt ihm übergeben werde[1]. Daher kann der Bürge sogar fordern, daß sein nun befreiter Mitbürge, der vom Hauptschuldner zur Sicherstellung seines Regresses Pfänder bekommen, aber jetzt zurückgegeben hatte, diese wieder zurückverlange und ihm (dem Zahlenden) ausliefere[2].

Aus allen diesen Quellenstellen geht hervor, daß das deutsche Privatrecht im wesentlichen von den Grundsätzen beherrscht wurde, die heute wieder im Bürgerlichen Gesetzbuch zur Geltung gekommen sind. Es kannte keine Korreal- und Solidarobligationen, sondern eine einheitliche Gesamtschuld, in der neben dem äußeren Rechtsverhältnis aller Schuldner zum Gläubiger noch innere Rechtsbeziehungen unter den einzelnen Schuldnern bestanden. Hieraus ergab sich für jeden die Pflicht, den anderen nicht mehr zahlen zu lassen, als er nach dem Innenverhältnis schuldig war, und für den Leistenden das Recht, den Mehrbetrag von seinen Schuldgenossen ersetzt zu verlangen. Zur leichteren Durchführung dieses Anspruchs erhielt er außerdem die Klage des Gläubigers mit allen Sicherungsmitteln, die durch cessio legis auf ihn übergingen. Solange eine endgültige Ausgleichung nicht erfolgt war, wurde kein Gesamtschuldner von seiner Haftung befreit.

Je mehr aber im allgemeinen die Prinzipien des alten deutschen Privatrechts durch das eindringende römische Recht verdrängt wurden, desto mehr machte auch die Auffassung von der rechtlichen Gemeinschaft der Gesamtschuldner derjenigen von der römischen Korrealobligation Platz. Wie jedoch weiterhin

---

[1] Vgl. ein Schöffenurteil des 15. Jahrh. Und als denne (der zahlungsunfähige Gesamtschuldner) vor seinen anczal der schult C. (dem Gläubiger) in der stadthefte geantwortet ist, so moste C. denne M. wiedir antworten A. (dem zahlenden Gesamtschuldner) offt he des von em begerte, were das her sich seines anczals an em wiedir irholen mochte, sintdemmale das er en in der stadhaffte hette.

[2] Vgl. ein Lübisches Urteil von 1686: Hebben se beyde mit samender hand u. eyn vor all vor de vefftich mark gud u. gelovet, hefft denne H. de vefftich mark alleyne betalet, syn denne pande dar vor by B. gewesen de he van syck gedaen hefft, de pande mot B. weder in bringen u. antworden se H. na demne he de betalinge gedaen hefft.

das den Deutschen besonders sympatische Institut der „gesamten Hand“ sich gar bald wieder durchsetzte, so suchte es auch wieder im Verein mit den Erwägungen der Billigkeit das Gesamtschuldsverhältnis zu beeinflussen. Daraus ergab sich in der Theorie wie Praxis des Gemeinen Rechts vor den Schriften Kellers und Ribbentrops die auffallende Unsicherheit und teilweise Inkonsequenz.

Mit Freuden war es daher zu begrüßen, daß das Allgemeine Landrecht unter Aufgabe des theoretischen Standpunkts diesen Tendenzen zum Siege verhalf.

Das Allgemeine Landrecht.

Das Allgemeine Landrecht hat den Regreß in der Regel zugelassen. In erster Linie entscheidet „der Inhalt des unter ihnen bestehenden Vertrages“[1], wenn ein solcher nicht existiert, die „in Ansehung des übernommenen Geschäfts oder des daraus gezogenen Vorteils obwaltenden besonderen Verhältnisse“[2]; wenn auch hiernach keine Entscheidung erfolgen kann, dann haften alle zu gleichen Teilen, und zwar, falls einzelne geschäfts- oder zahlungsunfähig sind, die anderen auch mit für deren Anteile, natürlich wieder teilweise und im Falle der Zahlungsunfähigkeit einschließlich des Regreßnehmenden[3]. Daher können, wenn ein Mitverpflichteter „in Umstände gerät, welche sein künftiges Unvermögen, den Vertrag zu erfüllen, wahrscheinlich machen“[4] die anderen Sicherstellung seines Anteils verlangen[5]. Wenn ein

---

[1] I,5 § 443 (z. B. können mehrere Bevollmächtigte, die zusammen ein Geschäft übernommen haben, für einen dem Auftraggeber entstandenen Schaden an demjenigen Regreß nehmen, der ihn verschuldete.) cf. ROHG. II, S. 349 ff.

[2] § 444. Vgl. RG. 51, S. 69: Mehrere Aussteller eines Wechsels ohne Innenbeziehung haften nach § 443—445, ALR. I,5.

[3] §§ 445, 446, 447.

[4] § 449.

[5] Ein Bürge, der durch Vergleich oder Erlaß den Gläubiger mit einer geringeren Summe abgefunden hat, kann vom Hauptschuldner nicht mehr verlangen, als er selbst gegeben hat. Analoge Bestimmungen sind beim Regreß unter Gesamtschuldnern anzunehmen. (ALR. I,14, § 340. Vgl. RG. 9, S. 297).

Gesamtschuldner das Recht des Gläubigers erwirbt, so kann er davon gegen seine Mitschuldner Gebrauch machen[1], aber unter Abzug seines Anteils an der Gesamtschuld. Er darf also die Anderen nur pro rata in Anspruch nehmen[2]. Deshalb kann ein Mitschuldner, der den Anspruch des Gläubigers nach einem zu dessen Gunsten rechtskräftig ergangenen Urteil erhält, das Urteil nicht vollstrecken lassen[3]. Bei solidarischer Haftung aus fahrlässigen Rechtsverletzungen ist ein Rückgriff begründet, aus vorsätzlichen jedoch nicht; vielmehr muß hier jeder „seinen Anteil, welchen er dem Beschädigten hätte vergüten müssen, wenn dieser sämtliche Beschädiger auf ihren Anteil belangt hätte, der Armenkasse des Orts zur Strafe entrichten"[4]. Wenn bei einem Tumult oder Auflauf ein Schaden entstanden war, so fand ein Regreß nicht unter den Teilnehmern, wohl aber bei den geschädigten ebenfalls solidarisch haftenden Zuschauern unter einander zu gleichen Teilen und gegen die Urheber auf das Ganze statt[5], [6].

---

[1] I,16 § 493, 494.

[2] Vgl. Geh. Ob. Trib. 9, S. 335 ff. Geh. Ob.-Trib. 11, S. 303. §§ 493, 494 treffe nicht zu, wenn ein ausgeschiedener Gesellschafter durch Zahlung eine Forderung erwirbt. Diese kann er in vollem Umfange geltend machen (vgl. RG. 18, S. 88). Dagegen zutreffend z. B., wenn mehrere Grundstücke für eine Forderung solidarisch verpfändet sind, und einer der Grundstücksbesitzer die ganze Forderung bezahlt. (Geh. Ob.-Trib. 12, S. 168). Ebenso können im Wechselrecht demjenigen von mehreren Ausstellern, welcher dem Gläubiger gegen Cession oder Indossament befriedigt hat, seine Mitschuldner die exceptio doli entgegensetzen, wenn er sie auf das Ganze belangen will, ROHG. I, S. 102. Vgl. ferner ein Urteil des Stadtgerichts zu Königsberg a. P. vom 16. Oktober 1827 und das Urteil des ostpreuß. Tribunals zu Königsberg vom 5. Juli 1828 (enthalten in Simon und von Strampff, Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe S. 90 ff).

[3] Vgl. Simon a. a. O., S. 99, Nr. 2. Samhaber a. a. O., S. 211. Koch, Recht der Ford. S. 41, 1,6 § 33, 34.

[4] I,6 § 35.

[5] cf. § 11 d. Aufruhrges. v. 17. August 1835; Foerster-Eccius I, S. 367.

[6] Koch (Forderungen S. 39) folgerte aus ALR. I,14 § 378 und § 379: „Wenn mehrere Personen, ein jeder besonders, die Bürgschaft für eine Verbindlichkeit übernehmen, ... findet in Ansehung solcher Bürgen unter sich, so wie keine gemeinsame Verbindlichkeit, also auch keine gegenseitige Verpflichtung statt"; daß ein Regreß nur bei gemeinschaftlich kontrahierten

Jeder der seinen Anteil bezahlt hat, oder zur Berichtigung bereit ist, kann in der Regel, soweit seine Regreßansprüche reichen würden, von den anderen Befreiung von der weitergehenden Haftung verlangen, Sicherstellung[1] jedoch kann er wegen seiner evtl. Rechte nur dann fordern, wenn er infolge einer besonderen Rechtsnorm oder eines Rechtsgeschäfts hierzu ermächtigt ist[2].

Zu den Vorbedingungen der Geltendmachung des Rückgriffs gehört aber, daß der belangte Gesamtschuldner zuvor dem Gläubiger alle Verteidigungsmittel entgegensetzt, die ihm gegen die Klage zustehen, und deshalb seinen Mitschuldnern den Streit verkündet, damit sie ihm die „allen zu statten kommenden Einwendungen an die Hand geben"[3]. Hierzu ist er einerseits seinen Schuldgenossen gegenüber aus dem Gemeinschaftsverhältnisse, das ja den Grund für den Regreß ergibt, verpflichtet, andererseits seinem Gläubiger gegenüber ausdrücklich berechtigt[4]. Die Streitverkündigung ist auch anderweitig vorteilhaft. Denn dadurch verlieren die Mitschuldner die Möglichkeit, ihrem regredierenden Genossen diejenigen Verteidigungsmittel entgegenzusetzen, die ihnen gegen den Gläubiger zustanden, aber von ihnen im Prozeß oder zur Zeit der Möglichkeit ihres trotzdem nicht erfolgten Beitritts nicht geltend gemacht wurden[5, 6].

Korrealobligationen angebracht sei. Diese Auffassung wird aber durch das Gesetz selbst widerlegt, welches in I,14 § 374 bestimmt, daß nur diejenigen Mitbürgen als Korrealschuldner anzusehen sind, die sich für einen Hauptschuldner gemeinschaftlich verpflichten. cf. Samhaber, S. 212.

[1] Auch Arrest cf. § 796 alte CPO.

[2] cf. Dernburg, das Obl.-R. Preußens und des Reichs, § 50c und Anm. 3, S. 122.

[3] Koch a. a. O., S. 43.

[4] cf. AGO. I,17, § 20. ALR. I,16, § 431. AGO. § 10—18.

[5] cf. Foerster-Eccius I, S. 366—367.

[6] Die angeführten Bestimmungen sind auch dann maßgebend, wenn von mehreren Ausstellern eines Wechsels Einer zahlte und sich den Wechsel girieren ließ. cf. Urt. v. 8. Nov. 1870 in Entsch. d. ROHG. Bd. I, S. 102 ff.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie.

In ähnlicher Weise wie das Allgemeine Landrecht behandelt das österreichische Gesetzbuch die Regreßfrage. Zunächst entscheidet über Zulässigkeit und Umfang des Rückgriffs allein das zwischen den Solidarschuldnern bestehende besondere Verhältnis[1], z. B. Gesellschaft, Bürgschaft, Wechselverpflichtung[2]. In Ermangelung eines solchen Verhältnisses ist der Zahlende berechtigt, von seinen Mitschuldnern Ersatz zu gleichen Teilen zu fordern. Für den durch Verpflichtungs- oder Zahlungsunfähigkeit des Einen entstandenen Ausfall haften die übrigen. Eine Befreiung des Einen seitens des Gläubigers kann den Anderen nicht entgegengesetzt werden. Eine Abtretung der Klage ist nicht erforderlich[3].

Der Code civil.

Das französische Recht des Code Napoléon verwirft das Beneficium divisionis, die Teilung nach außen den Gläubigern gegenüber, aber es führt die Teilung nach innen intensiver durch als alle anderen Rechte, indem es in Art. 1213 und 1214,1 bestimmt: L'obligation contractée ordinairement envers le créanuer se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun

[1] § 896.

[2] cf. Glaser-Unger, Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk. obersten Gerichtshofes IV, Nr. 1754: Wenn von einigen Solidarschuldnern die ganze Schuld gezahlt und ihnen die exekutionsfähige Forderung abgetreten wird, ist trotzdem eine sofortige Exekutionsführung gegen die regreßpflichtigen Mitschuldner unzulässig, bevor die Anteile der einzelnen Mitschuldner im Prozeßwege bestimmt sind. Entsch. v. 7. Juli 1863. — I, Nr. 593. Wenn für eine Forderung mehrere Grundstücke verpfändet sind, so haften die Eigentümer der Grundstücke nicht als Gesamtschuldner im Sinne des § 896. Derjenige, welcher die ganze Forderung bezahlt, kann also gegen die Anderen keinen Regreß auf Grund dieses § nehmen. Es erfolgt kein Eintritt in die Rechte des Gläubigers. Entsch. v. 13. Juli 1858.

[3] §§ 892, 1302.

pour sa part et portion. — le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter, contre les autres que les part et portion de chacun d'eux.

Sonst wird auch hier ein durch Zahlungsunfähigkeit des Einen entstehender Ausfall auf die anderen verteilt[1], der Erlaß gegenüber einem Gesamtschuldner befreit diesen nicht von seiner Ausgleichungspflicht[2]; und ist der Vorteil aus dem Rechtsgeschäft einem Einzigen zu Gute gekommen, so gelten die übrigen als seine Bürgen, haben also gegen ihn einen Regreßanspruch auf das Ganze[3].

Bei Zivildelikten lag keine solidarische Haftung vor, und es war deshalb ein Rückgriff ausgeschlossen[4].

Wenn einer der Korrealschuldner die Schuld ganz bezahlt hat, so trägt sie inbezug auf die Anteile der übrigen schon von rechtswegen Zinsen[5]. Welches aber die Klage ist, nach der sich der Zinsanspruch richtet, ist unsicher.[6]

Das Schweizerrecht.

Eine Abweichung zeigt das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich vom 4. September 1887 in § 943[7]: Wird ein einzelner Solidarschuldner von dem Gläubiger belangt, so ist er berechtigt, seine Mitschuldner zu verhältnismäßiger Beteiligung bei der Zahlung anzuhalten. Diesen aber steht es hinwieder frei, ihren Beitrag unmittelbar an den Gläubiger zu bezahlen (wenn er die Teilzahlung annehmen will), oder bis die Gesamtzahlung möglich wird, gerichtlich zu hinterlegen.

---

[1] Art. 1214 Abs. 2.

[2] Art. 1215.

[3] Art. 1216.

[4] cf. Art. 1382, 1383, RG. 23,319, 33,348 cf. dagegen Crome, Solidarität, Jahrb. f. Dog. 35: Ungerechtfertigte Bereicherung der übrigen und daher Ausgleichungspflicht. cf. RG. 19,385, RG. 33,348.

[5] Zachariae-Crome, Hdb. d. fr. ZR. § 278, S. 236, 237.

[6] Demolombe: Des contrats ou des obligations XXVI, Nr. 421, 422, zit. b. Zachariae S. 23.

[7] cf. Samhaber a. a. O., S. 249.

Wenn ein Solidarschuldner das Ganze zahlt, kann er von seinen Mitschuldnern in der Regel verhältnismäßigen Ersatz fordern und zu diesem Behufe sich die Rechte des befriedigten Gläubigers abtreten lassen[1].

Ähnlich bestimmt das schweizerische Obligationenrecht in Art. 168 Abs. 1[2]: „Sofern sich aus dem Rechtsverhältnis unter den Solidarschuldnern nicht etwas anderes ergibt, hat von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung ein jeder einen gleichen Teil zu übernehmen". Außerdem gehen alle Rechte des Gläubigers in dem Maße, als er befriedigt wird, auf den leistenden Schuldner über[3].

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch.

Auf dem theoretischen Standpunkt des gemeinen Rechts beharrte das Sächsische Gesetzbuch, indem es ein Rückgriffsrecht außer beim Vorliegen eines Gemeinschafts- oder Auftragsverhältnisses (auch Geschäftsführung ohne Auftrag) verneinte[4].

Die in den ersten Entwurf übernommenen Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuches wurden wieder gestrichen, weil die Gesetzgeber den theoretischen Standpunkt für den richtigeren hielten. Das Sächsische Gesetzbuch hat seine vereinzelte Stellung behalten. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist ihm nicht gefolgt. Beim Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde betont: der rein theoretische Standpunkt, daß die Gesamtschuld nur das Verhältnis der Gesamtschuldner zum Gläubiger regele, daher ein Regreß nur auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses gegeben sei, sei zwar vorzuziehen, praktische Erwägungen verlangten aber eine Haftung zu gleichen Teilen.

---

[1] § 249.

[2] cf. Leuthold, Diss.: Die passive Solidarität im schweiz. Obl.-R. S. 114, 116, 117.

[3] Art. 168 Abs. 3, cf. ferner die bei Leuthold, S. 117, 118 angef. Entsch., enth. im BE. Bd. 15, Nr. 64; S. 415 ff.

[4] § 1036 cf. Siebenhaar III, S. 406, 407.

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Das Gesetzbuch bestimmt in § 426 S. 1: „Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist". Der Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität ist von ihm nicht übernommen. Die Gründe zu erörtern, würde zu weit führen. Wenn auch eine einheitliche Gesamtschuld besonders den Vorzug hat, daß sie leichter verständlich ist, während eine Scheidung zwischen Korrealität und Solidarität für den Laien schwerer faßlich und auch für den Richter unter Umständen schwierig war, wäre andererseits die Rechtssprechung gerade bezüglich der Ausgleichungspflicht der Gesamtschuldner vor eine schwierige Aufgabe gestellt worden. Die Neuerung ist aber von geringerer Bedeutung, da das Rückgriffsrecht durch das Bürgerliche Gesetzbuch besonders gesetzlich geregelt ist.

Gleichwohl hat man sich mit der Vermeidung dieses Unterschiedes insbesondere in den Gegenden, wo früher französisches Recht galt, nicht so bald abgefunden[1]. Die Auffassung des späteren gemeinen Rechts, daß eine Korrealobligation nur bei vertragsmäßiger Verpflichtung, in allen anderen Fällen dagegen eine Solidarobligation vorliege, ist allerdings bedenklich; recht bemerkenswert sind aber doch wohl die Ausführungen Eiseles[2], welcher unter Korrealität oder „echter Solidarität" (diese beiden werden gleichgestellt) alle auf Grund einer gemeinsamen causa, eines einheitlichen Entstehungsgrundes gebildeten Gesamtschuldverhältnisse, unter „unechter Solidarität" dagegen die „verschiedenen causae entstammenden und nur durch die Identität des Zweckes geeinten Obligationen" versteht[3].

Als unechte Solidarität ist demnach aufzufassen das Zusammentreffen mehrerer ganz unabhängig von einander entstandener Verpflichtungen, welche aus anderen Gründen dasselbe

---

[1] Im französisch. Recht hatte sich ja trotz des Code civil eine Unterscheidung zwischen Solidarite parfaite und imparfaite herausgebildet.

[2] Korrealität und Solidarität (Arch. für ziv. Prax., 77, S. 374 ff.)

[3] Vgl. auch Hartmann: Der Zivilgesetzentwurf, das Äquitätsprinzip und die Richterstellung, (Arch. für ziv. Prax., 73, S. 309 ff., insbesondere S. 396).

Interesse befriedigen. Nach Schollmeyer[1], Dernburg[2] u. a. sollte bei unechter Solidarität ein Rückgriff versagt sein, z. B. sollte der Brandstifter, welcher den durch das Feuer entstandenen Schaden ersetzt, nicht gegen die dadurch befreite Versicherungsgesellschaft Regreß nehmen können, und ebensowenig einer von mehreren Versicherern gegen die anderen.

Im ersten Beispiele beruht die eine Verpflichtung auf einem Delikt, die andere auf einem Kontrakt, und beide haben durchaus nichts miteinander zu tun, haben nur zufällig denselben Zweck. Wenn auch das BGB. keine Identität des Rechtsgrundes verlangt, so veabsichtigte es doch nicht, den Begriff „Gesamtschuld" auf das zufällige Zusammentreffen von Verbindlichkeiten auszudehnen[3]. Eine gewisse Gemeinschaft des materiellen Schuldgrundes gehört zu ihrem Begriff.

Daher liegt eine Gesamtschuld vor, wenn wegen Verletzung einer Person zwei Eisenbahnen haften, und zwar die eine aus dem Beförderungsvertrage, die andere aus § 1 des Haftpflichtgesetzes. Denn die erste haftet ebenfalls nach diesem Gesetze, wenn sie auch daneben noch aus einem anderen Grunde verpflichtet ist, und dieser Grund durch das Belieben der Parteien vornehmlich berücksichtigt wird. Desgleichen sind mehrere Versicherer Gesamtschuldner, denn sie haften aus gleichartigen Verträgen. Insofern ist die Ansicht Schollmeyers, der beide Beispiele gleichstellt, unrichtig.

Verpflichtung zu gleichen Anteilen.

Rechtliche Gemeinschaft der Verpflichteten.

„Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet". Während also die Theoretiker des Gemeinen Rechts den Korrealschuldnern den Regreß ver-

[1] cf. Schollmeyer, Schuldverh. § 426,1.

[2] Dernburg, Bürg. R., S. 428, § 163, IV.

[3] Dieser Ansicht hat auch der höchste Gerichtshof Ausdruck gegeben. cf. RG. 61,56, RG. 67,128, Neumann V 180, 181. cf. RG. 33,348 (code civil.)

weigerten, weil sie zu einander in keiner rechtlichen Beziehung ständen, hat das Bürgerliche Gesetzbuch diesem Streite dadurch ein Ende gemacht, daß es eine solche Rechtsbeziehung schuf. Das Gesetzbuch hat damit der Billigkeit Rechnung getragen, die eine Ausgleichung erheischte, damit der für den Gesamtschuldner durch Zahlung der Summe entstandene Nachteil durch Verteilung auf alle (die Anderen mußten ja ebenfalls gewärtig sein, verklagt zu werden) gemildert würde[1].

Der Satz des Bürgerlichen Gesetzbuchs soll, wie die Motive hervorheben, eine Bedeutung haben, die über die bloße Tatsache der Ausgleichung hinausgeht[2]. Unter den Gesamtschuldnern wird ohne Rücksicht auf die Entstehungsursache der Schuld ein inneres Schuldverhältnis geschaffen[3], eine quasi societas, aber doch kein wirkliches Gesellschaftsverhältnis, wenn auch deren Vorschriften analoge Anwendung finden.

Aus dieser rechtlichen Gemeinschaft ergibt sich nun eine Reihe von Pflichten für die einzelnen Gesamtschuldner, damit eine gerichtliche Geltendmachung des Rückgriffsanspruchs möglichst vermieden wird. Ihre Wirkungen können sich schon vor der Zahlung äußern.

Jeder Mitschuldner hat dafür zu sorgen, daß der andere nicht mehr als seinen Anteil zahlen muß, Jeder kann ebenso von dem Anderen rechtzeitige Leistung verlangen[4]. Will ein Gesamtschuldner, weil er verklagt ist oder freiwillig zahlen will, die Verpflichtung erfüllen, so kann er von den übrigen verlangen, daß sie ihre Beiträge zusteuern. Die Leistung geschieht dann in der Weise, daß sie alle zusammen und gleichzeitig anbieten[5], oder ein Gesamtschuldner die einzelnen Beträge einsammelt und allein dem Gläubiger ausliefert. Ein Mitschuldner, der seine

---

[1] Aus ähnlichen Erwägungen entstand die Haftung bei der großen Haverei, wenn auch hier eine Haftung pro rata parte eintritt.

[2] Mot. II, S. 169.

[3] Vgl. Dernburg § 613, Eck-Leonhard, S. 416.

[4] Dernburg § 613.

[5] Crome, S. 384. So wird der Grundsatz, daß der Gläubiger keine Teilzahlungen anzunehmen braucht, nicht berührt.

Mitwirkung verweigert, kann im Wege der Klage hierzu gezwungen werden[1] und ist evtl. zu Schadensersatz verpflichtet, aber allgemein nur zum Ersatz der Nachteile, welche dem Gesamtschuldner durch die, ihm vielleicht beschwerliche, stärkere Zahlung entstanden sind[2]. Ob er noch weitere nachteilige Folgen zu vertreten hat, z. B. das Ausbleiben der Leistung des Gläubigers, wird von dem besonderen unter den Gesamtschuldnern bestehenden Rechtsverhältnisse abhängen. Natürlich kann durch Vertrag die Haftung des Zahlenden erweitert werden und für ihn unter Umständen eine Schadensersatzpflicht entstehen; z. B. kann er verpflichtet sein, seine Zahlungsabsicht den Schuldgenossen mitzuteilen. Eine solche Verpflichtung kann auch in der Natur des Schuldverhältnisses begründet sein. Insbesondere wird im Falle einer Gesamtaltervativschuld, bei welcher die Schuldner das Wahlrecht haben, der Gesamtschuldner, welcher die Wahl getroffen hat, vor der Konzentration der Schuld seine Mitschuldner davon benachrichtigen müssen[3].

Erfolgt die Zahlung, so sind die Gesamtschuldner „einander zu der erforderlichen Mitwirkung und Beitrag bei der Leistung verpflichtet, sofern nicht nach dem inneren Verhältnisse die Leistung nur von einem oder einigen Genossen zu bewirken ist“. In diesem letzteren Falle können die nicht Leistungspflichtigen verlangen, daß sie „vor dem Anspruche des Gläubigers bewahrt bleiben“[4]. Wird ein Genosse verklagt, so kann er seinen Mitschuldnern nach § 72 ZPO. den Streit verkünden, und diese können nach § 66 ZPO. als Nebenintervenienten beitreten. Dies ist für den ersten insbesondere vorteilhaft für die Frage nach der Tragung der Prozeßkosten, auf die man aus dem Gesetze keinen Schluß ziehen kann. Führt er allein den Prozeß, so könnten die Anderen sich darauf berufen, daß die Kosten nicht von ihnen verursacht, vielmehr vom Regredienten, der es ja nicht auf eine Klage ankommen zu lassen brauchte, verschuldet

---

[1] Vgl. Schollmeyer § 426, Nr. 3a.
[2] Vgl. OLG. VIII, S. 53 Mugdan-Falkmann, Bd. VIII, Nr. 4, S. 53.
[3] Schollmeyer § 426, Nr. 3a.
[4] Mot. II § 337, S. 169, 170.

seien. Nehmen jedoch alle Gesamtschuldner am Streite teil, so tragen sie anteilig die Prozeßkosten, falls nicht der zuerst Verklagte den Prozeß durch unbilliges Verhalten verursacht hatte[1].

Beziehungen einzelner Gesamtschuldner zum Gläubiger.

Aus dem inneren Schuldverhältnis[2] ergibt sich weiter, daß die Ausgleichungspflicht durch Beziehungen zwischen einzelnen Gesamtschuldnern und dem Gläubiger nicht beeinflußt wird. Daher schützt ein Erlaß gegenüber einem Verpflichteten diesen nicht vor dem Rückgriff seiner Mitschuldner. Bezweckt der Gläubiger die Befreiung eines Schuldners, so kann er dies nur dadurch erreichen, daß er dem Schuldner Freiheit von Leistungen garantiert. Wird der Betreffende dann zur Ausgleichung herangezogen, so muß der Gläubiger ihm seine Ausgaben ersetzen. Die Motive[3] haben auf diesen Weg hingewiesen, aber auch hervorgehoben, daß er ungewöhnlich und daher eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung erforderlich sei. Wegen der großen Seltenheit also sei eine positive Bestimmung vermieden worden[4].

---

[1] Es ist anzunehmen, daß die Gesamtschuldner sich auch für Zinsen (oder sonstige Kosten) anteilig haften, da das Gesetz eine Verteilung aller Lasten bezweckt, also wohl nicht will, daß diese Auslagen e i n e m, dem Zahlenden, allein zur Last fallen. Überdies unterliegen Zinsansprüche als Nebenforderungen hier denselben Bestimmungen wie die Hauptforderung.

[2] **Dernburg** § 613. **Hruza** (sächs. Arch. V, S. 291 ff.) folgert dies daraus, daß die Gesamtschuldner mit der Entstehung der Gesamtschuld zu gleichen Teilen verpflichtet werden, und dieses Verhältnis durch spätere Änderungen nicht beeinflußt wird. cf. RG. 69 426.

[3] II, S. 165.

[4] **Dernburg** führt noch ein zweites Mittel an: Der Gläubiger belangt jeden Gesamtschuldner auf seinen Anteil und entläßt dann den betreffenden aus seiner Haftung. Verfasser sieht nicht ein, weshalb nicht die übrigen gegen diesen ersten nachher noch regredieren könnten, da ja das Gesetz auch bei Zahlungen, die nicht über den Anteil des Einzelnen an der Gesamtschuld hinausgehen, eine Ausgleichung bezweckt.

Ebensowenig wird ein Schuldner befreit, wenn z. B. die Forderung des Gläubigers gegen ihn verjährt ist, oder er sich mit ihm verglichen hat, oder der Gläubiger den Gesamtschuldner, bezw. dieser den Gläubiger beerbt. Daher kann im Falle einer solchen Konfusion der Mitschuldner die auf ihn übergegangenen Rechte des Gläubigers zwar geltend machen, aber nur unter Abzug seines Anteils, denn er bleibt seinen Schuldgenossen im Innenverhältnisse noch verhaftet[1].

Ebenso wie ein Gesamtschuldner einen Mitschuldner (gemäß § 267, Abs. 1 BGB.) dadurch, daß er dessen Anteil zahlt, auch ohne dessen Wissen und Willen befreien kann, so kann er ihn auch durch Expromissionsvertrag mit dem Gläubiger befreien[2]. Natürlich darf dann der Expromissor die Ausgleichungsbeiträge der übrigen Mitschuldner nicht erhöhen.

Der Gesamtschuldner kann hingegen Regreß nehmen, wenn der Erlaß seines Anteils gegen ein Vermögensopfer[3], z. B. durch Aufrechnung[4] erfolgt; denn hier ist die Befreiung des Schuldners keine unentgeltliche. Der Gesamtschuldner kann also die aufgerechnete Summe zur Ausgleichung bringen. Ähnlich verhält es sich bei der Hingabe an Erfüllungsstatt[5], wenn die hingegebene Sache einen geringeren Wert hat als die ursprüngliche Schuld. Dieser Vorteil des Zahlenden muß allen Gesamtschuldnern zugute kommen, d. h. die Ausgleichung kann nur die hingegebene Sache betreffen (die Regreßsumme wird sich also

---

[1] ROHG. 6, S. 222.

[2] cf. RG. 11,127.

[3] cf. Rehbein, S. 459.

[4] Ist durch eine solche Aufrechnung von Seiten eines Gesamtschuldners die Forderung des Gläubigers getilgt, so bleibt sie es auch, wenn es sich nachträglich herausstellt, daß der Gläubiger dieser Gegenforderung eine persönliche Einrede hätte entgegensetzen können. Der Gläubiger hat dann nur einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung. Eine solche ist aber nicht auf Seiten desjenigen Gesamtschuldners zu finden, welcher dem Aufrechnenden seinen Anteil gezahlt hat. (Soergel, Das Recht 07, S. 1064, Nr. 2530. Urt. d. RG. v. 26. Juni 07).

[5] Matthiass, S. 425: Für die Höhe des Rückgriffs ist die Befriedigung des Gläubigers maßgebend; daher kommt nicht in Betracht, welchen Aufwand der leistende Gesamtschuldner zum Zwecke der Befriedigung gemacht hat.

dementsprechend verringern). Dem Einwurf, daß durch Hingabe an Erfüllungsstatt der Inhalt der Schuld nicht geändert wird, kann man entgegenhalten, daß die Gesamtschuldner weniger an der Schuld als an ihrer Löschung zu gleichen Teilen verpflichtet sind, daß das Gesetz nur eine gleichmäßige Verteilung der Schuldenlast bezweckt[1].

War dagegen die hingegebene Sache mehr wert, so ist das eine alleinige Angelegenheit des Schuldners, der ja zu einer Mehrleistung nicht verpflichtet war. Für die Ausgleichung kommt also nur die eigentliche Schuld in Anschlag (abgesehen von etwaigen notwendigen Kosten für Erfüllung)[2]. Gleichwohl ist daran festzuhalten, daß der zahlende Mitschuldner keinen unbilligen Nachteil erleide. Dies wird z. B. der Fall sein, wenn der belangte Schuldner sich in einer Notlage befand, die ihm eine andere Erfüllung unmöglich machte, und seine Mitschuldner trotz Kenntnis und Aufforderung keine Beiträge leisteten. Der Mehrwert wird dann allerdings weniger als reine Ausgleichung denn als ein sich aus der Diligenzpflicht der Gesamtschuldner ergebender Schadenersatz aufzufassen sein[3].

Beziehungen einzelner Gesamtschuldner zu Dritten.

Durch Beziehungen zu dem Gläubiger wird die rechtliche Gemeinschaft der Gesamtschuldner also nicht berührt. Wird sie es durch das Rechtsverhältnis eines Gesamtschuldners zu einem Dritten? Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Motive schweigen hierüber. Bei der Beantwortung der Frage wird man also auf die Entstehungsursache des § 426 zurückgehen müssen. Dies waren Billigkeitsrücksichten. Es wäre nun unbillig, wenn der Ausscheidende niemals zur Ausgleichung herangezogen werden könnte. Es wäre aber übertriebene und unbegründete Rücksichtnahme, wollte man den übrigen immer ein Rückgriffsrecht gegen ihn gewähren. Man wird, um die Lösung zu finden,

---

[1] Kremer, Mitbürgschaft, S. 178.
[2] Vgl. Crome, S. 381.
[3] Kremer, S. 174.

unterscheiden müssen den Fall, wo eine Gesamtschuld beabsichtigt war — also außer den besonderen Rechtsverhältnissen wie Gesellschaft die vertragliche Korrealverpflichtung —, und den Fall, wo die Gesamtschuld aus einem gemeinsamen Delikt oder zufällig, (wie auf S. 47 erwähnt) aus gleicher gesetzlicher Haftpflicht entstand. Im ersten Falle besteht eine gewisse innere Gemeinschaft von Anfang an und mit ihr ein bedingter Ausgleichsanspruch, wenn er auch erst durch Zahlung seitens eines Gesamtschuldners zu einem unbedingten wird. Daher kann die erwähnte Ausgleichspflicht (analog der Schuldübernahme nach § 415 BGB.) nicht ohne Zustimmung der bedingt Forderungsberechtigten auf einen Dritten übergehen. Ein solcher Übergang könnte auch, wenn etwa an Stelle eines Zahlungsfähigen ein Zahlungsunfähiger tritt, für die Mitschuldner nachteilige Folgen haben[1]. Es wird also der alte Gesamtschuldner, wenn er, ohne Einwilligung der anderen ausscheidet, diesen noch verhaftet bleiben. Im Verhältnis zwischen früherem Schuldner und Schuldübernehmer wird sich der erstere dann an den zweiten halten können[2].

Im zweiten Falle besteht nicht von vornherein eine innere Gemeinschaft (dies zeigt sich schon darin, daß die Gesamtschuldner selbst von der Mithaft anderer meistens nichts wissen). Die Beziehungen zwischen den Gesamtschuldnern knüpfen sich vielmehr erst mit dem Entstehen des Ausgleichungsanspruchs. Daher haben die Solidarschuldner auf vorher eintretende Veränderungen in der Person eines von ihnen keinen Einfluß.

Natürlich wird das Ausscheiden eines Gesamtschuldners in erster Reihe vom Mitwirken oder von der Genehmigung seitens des Gläubigers abhängen (§ 414 oder 415 BGB.). Aber die

---

[1] cf. **Eck-Leonhard**, Bd. I, S. 424, Anm. 2. cf. **Crome**, S. 381. **Fischer-Henle**, § 426, Anm. 2.

A. M. **Kuhlenbeck**, § 426.

[2] Nach **Kohler** (S. 150, IV, 2a) bleiben bei Schuldübernahme der neue und frühere Schuldner dem Rückgriffe eines Mitschuldners solidarisch verhaftet; im Innenverhältnisse kann dann der frühere Schuldner auf den Schuldübernehmer zurückgreifen. Es würde somit ein zweites Gesamtschuldverhältnis entstehen.

eben erörterte Frage ist praktisch wichtiger, denn die Gesamtschuldner haben in der Regel ein größeres Interesse an dem Verbleiben eines Mitschuldners in der Schuldgemeinschaft als der Gläubiger, der sich noch an die übrigen Verpflichteten halten kann.

Höhe der Regreßsumme.

Was die Höhe der auszugleichenden Summe anbetrifft, so ist diese Frage leicht zu beantworten, wenn die Leistung an den Gläubiger noch erfolgen soll. Entweder sind die Teilbeiträge eines Jeden an der ganzen Schuld gemeinsam an den Gläubiger oder den Schuldner, der die ganze Leistung übernimmt, zu entrichten; oder es ist nur eine Teilleistung zu erfüllen, dann richten sich die Beiträge nach diesem Schuldteil.

Schwieriger liegt der Fall, wenn ein Gesamtschuldner erst zahlt und dann Regreß nimmt. Hier bestimmte der erste Entwurf[1] in § 337, Abs. 2: „Ein Gesamtschuldner, welcher mehr als seinen Anteil geleistet hat, kann insoweit, als er Ersatz von den übrigen Gesamtschuldnern zu verlangen berechtigt ist, auch die Rechte des Gläubigers gelten machen." Dieser Passus erregte berechtigte Bedenken. Dem Willen des Gesetzes entspricht mehr eine gleichmäßige Lastenverteilung bei jeder Art von Erfüllung, wie dies ja auch bei der Hingabe an Erfüllungsstatt zum Ausdruck kommt.

Als daher in der Kommission für die zweite Lesung ein Antrag eingebracht wurde, welcher diese Worte nicht enthielt[2], wurde § 337 gestrichen und durch ihn ersetzt. Somit kann jetzt jede Teilzahlung ausgeglichen werden, eine Bestimmung, die hauptsächlich dann praktisch wird, wenn eine Gesamtschuld in Raten getilgt werden soll[3]. Wichtig ist sie ferner, wenn der Schuldner gerade seinen Anteil bezahlt hat, den anderen

[1] Reatz, 2. Les. ein Entw.

[2] § f des Antrags.

[3] cf. Neumann, Jahrb. II, 1, S. 264, Urt. d. OLG. Jena. Dernburg, § 613. Übrigens galt diese Auffassung schon zur Zeit des ALR. cf. ROHG. 24, 99, Urt. v. 14. 10. 78.

aber ihr Anteil erlassen wurde[1]. Wenn dagegen alle Teilzahlungen leisteten[2], wird eine Ausgleichung nur erfolgen, wenn einige Anteile geringer waren als die anderen, da sie sonst gegeneinander würden aufgerechnet werden[3].

Dispositive Natur der gesetzlichen Bestimmungen.

Wenn bisher immer von einer Ausgleichungspflicht zu gleichen Teilen gesprochen wurde, so geschah dies in Rücksicht auf die gesetzliche Regelung. Diese Gesetzesbestimmung gilt aber, wie ausdrücklich hervorgehoben ist, nur subsidär. Darin stimmt das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem Allgemeinen Landrecht wie den übrigen erwähnten Kodifikationen überein. Der Entwurf I brachte noch analog dem Allgemeinen Landrecht, aber noch enger als dieses, eine ausdrückliche Einschränkung: „Soweit nicht aus Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes sich ergibt". Diese Worte wurden im zweiten Entwurf infolge des schon erwähnten Antrags durch den umfassenderen Ausdruck „soweit nicht ein anderes bestimmt ist", ersetzt.

Gesetzliche Ausnahmen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Somit erfolgt jetzt eine abweichende Regelung der Ausgleichungspflicht überall da, wo eine solche gesetzlich, vertraglich oder durch besondere Verhältnisse und den Zweck der Verpflichtung geboten ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst bringt Ausnahmen in § 840 Abs. 2,3, § 841 und § 1833.

§ 840 BGB. bestimmt, daß in den Fällen der Haftung aus §§ 831 und 832 BGB. im Innenverhältnis der Angestellte oder Beaufsichtigte dem Prinzipal oder Aufsichtspflichtigen allein haftet, also für die ganze Summe herangezogen werden kann, daß aber umgekehrt im Falle des § 829 BGB. der Aufsichtspflichtige dem Beaufsichtigten auf das Ganze haftet. § 841

---

[1] A, B und C waren z. B. Gesamtschuldner zu gleichen Teilen; A bezahlt sein Drittel, B und C werden durch Erlaß befreit. A kann trotzdem von jedem $^1/_9$ verlangen.

[2] cf. Eck-Leonhard a. a. O.

[3] Dernburg a. a. O.

BGB. regelt in gleicher Weise die Haftung des Beamten, der einen Anderen zur Geschäftsführung für einen Dritten bestellt hat und neben diesem wegen eines durch Verletzung seiner Aufsichtspflicht entstandenen Schadens verantwortlich gemacht worden ist. Der Beamte kann ebenfalls Ersatz der ganzen Summe verlangen. Nach § 1833 BGB. ist dann, wenn neben dem Vormund für einen dem Mündel erwachsenen Schaden ein Gegen- oder Mitvormund wegen Verletzung der Aufsichtspflicht haftet, im Innenverhältnis nur der Vormund ersatzpflichtig.

Weiter ist § 419 hierher zu zählen. Bei Übernahme eines ganzen Vermögens haften beide, Veräußerer wie Übernehmer, für die Schulden. Das Innenverhältnis bestimmt sich in der Regel nach dem Übernahmevertrage. Ist ein solcher nicht vereinbart, so haftet der Übernehmer für die zur Zeit des Übernahmevertrages bestehenden Schulden allein, die Vorschriften des § 426 jedoch greifen im Zweifel nicht Platz.

§ 426 dürfte ferner überall da keine Anwendung finden, wo er der Billigkeit zuwider läuft, denn Rücksichten der Billigkeit, „moderne Humanitätstendenzen"[1], waren es ja gerade, welche ihn veranlaßten. Danach wird also dann, wenn der Leistende aus dem der Gesamtverpflichtung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte alleinigen Vorteil gehabt hatte oder sonstwie der materiell Verpflichtete war, während ihm die übrigen durch ihre Mithaftung nur Kredit verschafften[2], keine Ausgleichung eintreten. Hierher muß man auch manche Fälle rechnen von denen, welche Eisele[3] unter unechter Solidarität versteht. Insofern wird also, wenn man in der Beseitigung des Unterschiedes zwischen Korreal- und Solidarobligation einen Mangel erblicken wollte, dieser durch logische Interpretation ausgeglichen. Demnach dürfte derjenige, welcher einen durch seine unerlaubte Handlung entstandenen Schaden ersetzte[4], nicht auf seinen Ge-

[1] cf. Eck-Leonhard a. a. O.

[2] cf. Crome, S. 385.

[3] cf. das oben angeführte Beispiel.

[4] cf. Schollmeyer IV, § 426, Nr. 3. cf. Crome, S. 365. cf. Dernburg, § 163, Ziff. IV.

hilfen oder Begünstiger zurückgreifen können, während andererseits dieser sich an den Haupttäter halten kann.

Gesetzliche Ausnahmen anderer Gesetze.

Der höchste Gerichtshof hat wiederholt Fälle unechter Solidarität entschieden, in denen er allerdings stets einen Standpunkt vertrat, der dem eben vertretenen entgegengesetzt ist. Aber gerade hier ersieht man, welche Nachteile auch die konsequente Durchführung der Eiseleschen Theorie mit sich bringen würde.

Die Praxis lehrt, daß eine solche solidarische Haftung besonders häufig bei technischen Betrieben und Verkehrsanstalten eintritt, und zwar in der Regel auf Grund eines der zahlreichen diesbezüglichen Gesetze ohne erhebliches Verschulden des Haftpflichtigen. Sollte hier immer der Belangte allein den Schaden tragen? Es wäre gewiß nicht billig, wenn in dem vom Reichsgericht[1] entschiedenen Rechtsfalle die aus dem Beförderungsvertrage haftende Eisenbahn die achtlose Mutter des Kindes, welches aus dem Zuge gefallen war und dabei Schaden erlitten hatte, nicht auf die Hälfte der Kosten belangen könnte[2]. Ähnlich verhält es sich in einem anderen Falle, wo der Fahrgast eines Straßenbahnwagens bei einem Zusammenstoße dieses Wagens mit dem einer anderen Gesellschaft verletzt wurde und seinen Beförderer auf Schadensersatz verklagte[3].

Als ein Beispiel, wie kompliziert die Ausgleichung unter Gesamtschuldnern sein kann, sei noch folgender Fall[4] angeführt: Ein Omnibus stößt durch Verschulden des Kutschers (außer Acht lassen einer verkehrspolizeilichen Vorschrift) mit einem Straßenbahnwagen zusammen, wobei ein Omnibusfahrgast

---

[1] RG. 62, S. 346.

[2] Vgl. RG. 61, S. 56. Urt. d. OLG. Karlsruhe vom 22. Juni 06 (in Soergel 07, S. 251, Nr. 457). Vgl. den analogen Fall in Soergel 05, S. 617, Nr. 2537; Soergel 05, S. 591, Nr. 2390. Dtsch. Jur.-Ztg. 05, 613, 614.

[3] Der Regreßanspruch wird auch durch die Konkurrenz mehrerer Klagegründe des Gläubigers gegenüber dem Regredienten nicht ausgeschlossen.

[4] Vgl. Eger, Eisenbahnrechtl. Entsch. 20, S. 366 ff.

verletzt wird. Dem Passagier sind Straßenbahngesellschaft (A), Omnibusgesellschaft (B) und Omnibusführer (C) zum Schadenersatz verpflichtet, jeder aus einem anderen Grunde, nämlich

A auf Grund des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes (ohne Verschulden),

B auf Grund des § 278 BGB. (aus dem Beförderungsvertrage auf Grund des Verschuldens ihres Angestellten),

C auf Grund des § 823 BGB (wegen eigenen Verschuldens).

Der § 840 BGB., welcher die Ausgleichungspflicht der aus unerlaubten Handlungen Haftenden regelt, ist nicht anwendbar. Also haften sie nach § 426 wegen unechter Solidarität. Im Innenverhältnis haftet der Kutscher seiner Gesellschaft für den ganzen Schaden wegen nachlässiger Ausübung seiner Dienstverrichtungen, ebenso der Straßenbahn gegenüber wegen Verstoßes gegen ein den Schutz anderer bezweckendes Gesetz. A und B können also gegen C auf das Ganze Regreß nehmen und würden, wenn von C der Betrag nicht zu erlangen wäre, einander auf die Hälfte haften. A könnte von B nur Ersatz von einem Drittel verlangen. Das entscheidende Gericht hat in Bezug hierauf betont[1], daß B dem A gegenüber geltend machen kann, C hafte auf das Ganze, und daß A sich zuerst an C zu halten habe.

Anders regelt sich die Haftung bei Schiffszusammenstößen. Für sie ist zunächst § 735, Abs. 2 HGB. maßgebend[2]. Daher ist der Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. Mai 02[3] nicht beizupflichten, welche in einem derartigen Falle den Regreß auf Grund des § 426 BGB. unter Berücksichtigung des § 735, Abs. 2 HGB.[4] statuierte.

Von gesetzlichen Ausnahmen des § 426 seien endlich, last not least, die Wechselverpflichtungen erwähnt. Wechselverpflichtete, die nicht an gleicher Stelle stehen, also Aussteller,

---

[1] cf. auch Neumann III 1, S. 208.

[2] 1. hat der § 426 überhaupt, 2. das ganze Bürgerliche Gesetzbuch gegenüber dem HGB. nur subsidiäre Geltung.

[3] Dtsch. Jur.-Ztg. 05.

[4] cf. anders RG. 05, S. 270. (Urt. v. 27. Sept. 05 enth. i. D. J.-Z. 05, S. 1122) RG. 51, S. 362, Urt. v. 28. Mai 02.

Akzeptant, Indossant, haften nicht nach § 426 BGB., weil zwischen ihnen gar keine gemeinschaftliche Schuld besteht, ihre Wechselverbindlichkeiten selbständig und von einander unabhängig entstanden und ihre Regreßansprüche überdies nach Wechselrecht geregelt sind[1].

Bestritten ist, ob Wechselverpflichtete, die sich untereinander als Bürgen verpflichtet haben, nach materiellem oder Wechselrecht haften. Für das erste entscheidet sich das Reichsgericht[2]. Der zweiten Ansicht war das Reichsoberhandelsgericht[3], denn hier läge eine in einen Wechsel verkleidete Bürgschaft vor, und für solche gelte nicht das Rechtsverhältnis der Bürgschaft, sondern die Rechtsform, in die sie eingekleidet sei, also die des Wechsels[4].

Nicht nach Wechselrecht zu beurteilen ist jedenfalls das Rückgriffsrecht unter mehreren Wechselverpflichteten, die an gleicher Stelle stehen[5], insbesondere unter mehreren Ausstellern. Es wird also gewöhnlich Rückgriff zu gleichen Teilen ermöglicht sein. Da aber die Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes ja dispositive sind, kann auch hier eine andere Regelung erfolgen, z. B. wenn von mehreren Ausstellern Einer Hauptschuldner und die Anderen seine Bürgen waren.

Vertragliche Ausnahmen.

Wie durch Gesetz, so kann auch durch Vertrag eine verschiedenartige Ausgleichung bestimmt werden[6]. So kann ein Gesamtschuldner, der sich als Beauftragter oder unbeauftragter Geschäftsführer für seinen Genossen verpflichtete, von dem anderen volle Ausgleichung, dieser aber keinen Ersatz verlangen. So haften ferner diejenigen, welche sich einem Schuldner zur Sicherheit verpflichtet haben, z. B. Bürge, Drittverpfänder,

[1] cf. Neumann, Jahrb. 5 182. cf. RG. 10, S. 299.

[2] Bei Neumann V 182 wohl unrichtig zit.

[3] ROHG. II, S. 350 ff. Urt. v. 6. Juni 71.

[4] cf. anders ROHG. III, S. 184. Urt. v. 7. Oktober 71.

[5] cf. RG. 52, S. 220. Urt. v. 1. Oktober 02. ROHG. I, S. 102. Urt. v. 8. November 70. Geh. Ob.-Trib. 9, S. 335. Neumann V, S. 182. OLG. 10, S. 372, Posen. Urt. vom 26. Oktober 03. Pos. Monatsschr. 05, S. 166 ff., Marienwerder.

[6] cf. ROHG. II, S. 349.

Eigentümer des hypothekarisch belasteten Grundstücks[1], dem Gläubiger gegenüber solidarisch, aber im Innenverhältnis ist ihre Haftung keine gleiche, die einen haften persönlich, die anderen dinglich[2].

Dem entgegen entschied das Oberlandesgericht Köln[3], daß wegen der Verschiedenheit der Leistung zwischen den nichtpersönlich haftenden Grundstückseigentümer und den Schuldnern derjenigen Wechselverbindlichkeiten, welche die durch die Hypothek gesicherte Schuld bilden, kein Gesamtschuldverhältnis bestehe, und daher der zahlende Eigentümer nicht beanspruchen könne, daß ihm der Hypothekengläubiger auch seine Rechte gegen andere Wechselverpflichtete übertrage.

Eine ungleiche Ersatzpflicht der Gesamtschuldner untereinander kann sich ferner bei der offenen Handelsgesellschaft ergeben, wenn verschiedene Verlustbeteiligung ausgemacht ist[4]. In der Regel wird hier aber eine Haftung zu gleichen Teilen eintreten. Hierbei mögen noch einige Fälle ähnlicher genossenschaftlicher Haftung erwähnt werden. Z. B. kann von mehreren Auftraggebern eines Anwalts (bei gemeinschaftlichem Auftrage), insbesondere also Streitgenossen, derjenige, welcher das Ganze bezahlt, gegen die übrigen Regreß nehmen[5]. Umgekehrt haften assoziierte Anwälte ihrem gemeinschaftlichen Auftraggeber gesamtschuldnerisch für den Schaden, den sie ihm bei Erledigung eines Auftrags zugefügt haben, und untereinander nach § 426 BGB.[6].

---

[1] **Neumann III, 1, S. 207.**

[2] Urt. v. 18. Januar 06 i. Rhein. Arch. 103, 19.

[3] Wenn § 774, Abs. 2 BGB. bestimmt, daß Mitbürgen nur nach § 426 haften, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß ihre Ausgleichungspflicht noch durch Vertrag abweichend geregelt ist. Praktisch wird dies besonders bei der Nachbürgschaft werden. (cf. ROHG. 6, S. 114. Urt. v. 10. Mai 72, cf. **Kohler**, Lehrb. II, § 53, S. 149). Dieser Satz hat übrigens wegen der subsidären Natur des § 426, die jede Art von Haftung zuläßt, manche Bedenken erregt.

[4] cf. **Crome**, a. a. O. cf. **Schollmeyer**, § 426, Nr. 1.

[5] cf. **Seuffert**, Bl. 05, S. 155 (OLG. München). cf. Schl.-Holst. Anz. 05, 155 (OLG. Kiel). cf. **Neumann** 5, S. 183 (OLG. Naumburg). cf. **Neumann II**, 1, S. 254 (OLG. Zelle).

[6] Hans. G.-Z. 06, Beibl. 199.

Eine Gesamtschuld kann ferner bei Übergang einer unbeweglichen Sache eintreten bezüglich der hierbei entstehenden Kosten[1]. Wenn z. B. bei einer Auflassung der Bevollmächtigte des Verkäufers erklärt[2], er bewillige und beantrage, daß der Erwerber als Eigentümer eingetragen werde, und beantrage erstens, die Eigentumsänderung einzutragen, zweitens, das Grundstück zu übertragen, so ist die Bewilligung als namens des Veräußerers erklärt, der erste Antrag (entsprechend der Einrichtung des Formulars) als für den Veräußerer, der zweite als für den Erwerber gestellt anzusehen. Beide (Veräußerer und Erwerber) sind als Antragsteller und Kostenschuldner anzusehen und haften daher nach § 2 Gerichtskostengesetzes als Gesamtschuldner mit eventuellem Regreßanspruch nach § 426[3].

Wie sich bei einem solchen Eigentumsübergang die Haftung für Steuern regelt, ist bestritten. Das Amtsgericht Trebnitz und das Landgericht Öls brachten in einem solchen Falle die §§ 420, 421 und 426 BGB. in Anwendung. Dagegen hielt das Amtsgericht Wohlau und das Landgericht Breslau[4] den Rechtsweg über diese teils privat-, teils öffentlichrechtlichen Fragen für unzulässig mit der Begründung, das öffentliche Recht ginge vor, die Gesamtverpflichtung müßte also im Verwaltungsstreitverfahren festgestellt werden. In einem ähnlichen Falle[5] vertrat jedoch das Kammergericht (Urt. v. 16. Juni 04) die erstere Ansicht.

Haftung bei unerlaubten Handlungen.

Mit einer Norm stellt sich das Bürgerliche Gesetzbuch in scharfen Gegensatz zum früheren Recht. So sehr auch im Ge-

---

[1] Beschl. d. KG. v. 19. Januar 05.

[2] OLG. 11, S. 150.

[3] cf. Pos. Monatsschr. 03, S. 54, 55. Urt. d. OLG. Posen v. 15 April 03. In der diesbezüglichen Entscheidung war allerdings durch das interne Verhältnis ein Erstattungsanspruch des Erwerbers ausgeschlossen, denn die Auflassung erfolgte auf Grund eines Kaufvertrages und nach § 449 BGB. hat der Käufer die Kosten der Auflassung und Eintragung allein zu tragen.

[4] Neumann III, 1, S. 207.

[5] OLG. 9, S. 31, 32.

meinen Recht die Anschauungen über die Zulässigkeit des Rückgriffs auseinandergingen, in einem Punkte trafen sie sich, nämlich in der Verweigerung des Regresses bei Gesamthaftungen aus dolosem Handeln. Wie andere Gesetzbücher hatte das Allgemeine Landrecht gleichfalls diese Ausnahme statuiert. Und dieser Anschauung trug auch der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches Rechnung in § 338[1]: „Haften mehrere als Gesamtschuldner für Schadensersatz aus einer widerrechtlichen Handlung, so steht demjenigen, welcher vorsätzlich gehandelt hat, ein Ersatzanspruch gegen die übrigen Gesamtschuldner nicht zu."

In der Kommission für den zweiten Entwurf wurden jedoch zwei Anträge gestellt[2], von denen der eine den Paragraphen ohne Ersatz gestrichen wissen, der andere nur einen Ausgleichungsanspruch des vorsätzlichen Täters gegenüber dem blos fahrlässig Handelnden versagen wollte. Die Kommission nahm den ersten Antrag an aus folgenden Erwägungen: Es entspräche nicht der modernen Rechtsanschauung, wenn man gerade denjenigen, welcher sich bemüht habe, die Folgen seines widerrechtlichen Handelns durch Ersatz des Schadens wieder gut zu machen, gegenüber seinen indolenten Mitschuldnern benachteiligen wolle[3]. Überdies sei es oft nicht leicht, die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu ziehen und abgesehen davon, daß der durch Fahrlässigkeit entstandene Schaden oft größer sei als der vorsätzlich angerichtete, sei der praktisch wichtigste Fall der Konkurrenz von dolus und culpa (wenn jemand für den von einem Anderen vorsätzlich verursachten Schaden wegen Verletzung der Aufsichtspflicht hafte) im Gesetze schon besonders geregelt."

Von anderer Seite wurde noch betont[4], das Regreßrecht sei nur zu versagen, wenn die Schadensersatzpflicht unter den Gesichtspunkt der Strafe falle. Diese Auffassung sei jedoch im neueren Recht aufgegeben.

Ganz unbedenklich ist die Streichung aber doch wohl nicht. Der angeführte Billigkeitsgrund ist nicht so zwingend, als wie

---

[1] Reatz a. a. O., S. 197.
[2] Prot. S. 440.
[3] Prot. S. 440.
[4] cf. Becker-Fischer, Beitr. zum Entw. eines BGB., H. 11, S. 53.

er hingestellt wird. Wenn jemand vorsätzlich eine unerlaubte Handlung begeht, dann soll er eben gewärtig sein, den ganzen Schaden ersetzen zu müssen. Davor sollte ihn auch eine nachherige Restitution nicht schützen, zumal diese nicht immer aus Reue, weit eher aus anderen weniger edlen Motiven wie z. B. Furcht entspringen wird. Ferner dürfte sich jemand, der sicher ist, daß er nicht für den ganzen Schaden zu haften braucht, weit eher zu einer widerrechtlichen Handlung verleiten lassen, als wenn er diese ganz ersetzen müßte. Diese Zweifel wurden auch seiner Zeit gegen die Annahme des Antrags laut[1]; jetzt haben wir uns mit den bestehenden Vorschriften abzufinden.

Die Tragung des Ausfalls.

Verteilung unter den Gesamtschuldnern.

Auf Seite 51 wurde die Frage erörtert, ob ein Gesamtschuldner ohne Zustimmung der übrigen aus der Gemeinschaft ausscheiden kann, und ob seine Mitschuldner einen etwa hierdurch entstandenen Ausfall tragen müssen. Es gibt noch weitere Fälle, in denen die Schuldgenossen den Anteil eines Mitschuldners übernehmen müssen.

§ 426 bestimmt im Satz 2: „Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen"[2]. Der Wortlaut könnte zu der falschen Auffassung führen, daß der Anteil allein von den Regreßpflichtigen, nicht von dem Regredienten mit zu tragen wäre. Hruza empfahl daher eine Änderung des Satzes dahin: „Kann von einem Gesamtschuldner der ihm obliegende Beitrag nicht erlangt werden, so vermehrt der Ausfall verhältnismäßig die Anteile der anderen Schuldner".

---

[1] Vgl. Eck-Leonhard, S. 425, Anm. 2.

[2] Streng genommen ist unter „Beitrag" der Anteil eines Gesamtschuldners an der noch zu bewirkenden Leistung, unter „Ausgleichung" die an den Regreßnehmenden Mitschuldner zu zahlende Summe zu verstehen. Wie man sieht, betont aber das Bürgerliche Gesetzbuch selbst diesen Unterschied nicht zu scharf.

Heute dürfte wohl niemand mehr daran denken, den Paragraphen anders auszulegen.

Der von Hruza in Vorschlag gebrachte Wortlaut hätte noch eine andere Ungenauigkeit beseitigt. Hruza betont, daß der Ausfall „verhältnismäßig", nämlich im Verhältnis der Anteile an der ganzen Leistung zu tragen sei. Einen ähnlichen Passus enthielt der erste Entwurf in § 337[1]: „Kann von einem Gesamtschuldner der ihm obliegende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Gesamtschuldnern nach Maßgabe dieser Verpflichtung zu tragen". Später wurde in dem schon mehrfach erwähnten Antrage (§ f) vorgeschlagen, die Worte „zu gleichen Teilen" hinzuzufügen[2]. Die Neuerung wurde aber als willkürlich abgelehnt, denn in dem Falle, daß kraft gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Bestimmung die Ausgleichungspflicht abweichend geregelt sei, müßte diese verschiedene Beteiligung an der Verpflichtung auch für die Verteilung des Ausfalles maßgebend sein. Nach dieser Erklärung fühlte sich die Kommission berechtigt, den alten Paragraphen in einer kürzeren, aber schließlich etwas ungenauen Fassung beizubehalten: „Kann von einem Gesamtschuldner der ihm obliegende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen".

Tatsächliche Unmöglichkeit der Eintreibung.

Der Ausfall wird verteilt, wenn er weder aus dem eigenen Vermögen des Beklagten noch aus den für ihn bestellten Bürgschaften, Pfandrechten, Hypotheken oder anderen Sicherungsmitteln „erlangt werden kann". Unter dem „Nicht erlangen" ist nicht die rechtliche, sondern die tatsächliche Unmöglichkeit zu verstehen[3]. Hierher gehören die Fälle, daß ein Gesamtschuldner

---

[1] Vgl. Reatz.

[2] Prot. Bd. I, S. 434.

[3] Vgl. Kremer, S. 180.

verschollen oder seinem Wohnsitze bezw. Aufenthaltsorte nach unbekannt ist, oder der Erbe des verstorbenen Gesamtschuldners nur beschränkt haftet. Auch Zahlungsunfähigkeit wird meistens ein Grund sein, aber der regreßnehmende Gesamtschuldner muß hier den Anteil trotz seiner Bemühungen nicht haben erlangen können[1].

Erläßt also der Gesamtschuldner seinem insolventen Genossen die Schuld[2], so kann er sich nicht darauf berufen, daß die Zahlungsunfähigkeit schon vor dem Erlaß eingetreten sei, kann also von den übrigen Mitschuldnern keine erhöhte Ausgleichung verlangen.

Die Grundlage des Rückgriffs ist eben das innere Schuldverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern, und Voraussetzung dafür, daß ein Betrag erlangt werden kann, ist zunächst, daß man ihn verlangen kann. Durch einen Erlaß zwischen zwei Gesamtschuldnern wird aber die unter ihnen bestehende rechtliche Gemeinschaft aufgehoben[3].

Geltendmachung des erhöhten Rückgriffs.

Aus diesem inneren Schuldverhältnisse ergibt sich auch, daß die Höhe des Ausgleichungsanspruchs nicht schon mit der Befriedigung des Gläubigers unabänderlich feststeht, vielmehr durch die Rechtsbeziehungen der Gesamtschuldner zu einander beeinflußt wird[4]. Für die gerichtliche Geltendmachung ist daher seine Höhe zur Zeit des Urteils entscheidend.

Das genossenschaftliche Verhältnis bewirkt ferner evtl. eine Herabsetzung oder einen Ausschluß des Ausgleichungsanspruches, wenn der Regreßnehmende durch schuldhaftes Verhalten die Gemeinschaftsinteressen beschädigt, z. B. einen von dem anderen Schuldner zu deckenden Ausfall an der Forderung des Gläubigers

[1] Vgl. Crome, S. 384.
[2] Vgl. R. 06, 1318, 19.
[3] cf. R. 06, S. 602 ff.
[4] Vgl. Mugdan-Falkmann, Bd. XIV, H. 2, S. 22. Urt. d. OLG. Kassel v. 5. November 1906.

veranlaßt, oder auch gegen den Mitschuldner seinen Rückgriff so nachlässig betrieben hat, daß er jetzt keine Ausgleichung mehr erlangen kann[1]. Ganz besonders wird er dann seines Ausgleichsanspruchs verlustig gehen, wenn er zu einer gewissen Sorgfalt verpflichtet war (z. B. als Beauftragter oder Geschäftsführer ohne Auftrag) oder gar seine Verpflichtungen nicht ordnungsmäßig erfüllte (wenn er z. B. die Anteile der Einzelnen einziehen und dann dem Gläubiger abliefern sollte und statt dessen die Teilsumme des Einen, der später nicht mehr zu belangen ist, vorläufig auslegte). Da die Verletzung der Sorgfaltspflicht den Gesamtschuldner schadenersatzpflichtig macht, kann der beklagte Mitschuldner dem Regreßanspruche gegenüber evtl. mit dem Schadenersatzanspruche aufrechnen.

Fraglich ist es, ob der zahlende Gesamtschuldner, ohne eine gerichtliche Beitreibung gegen einen zahlungsunfähigen Mitschuldner versucht zu haben, unter Hinweis darauf, daß der Beitrag doch nicht zu erlangen ist, von vornherein die Anteile der übrigen entsprechend erhöhen darf. Das Gesetz schweigt sich hierüber aus. Aber man dürfte doch wohl diese Möglichkeit annehmen können. Selbstverständlich müßte der Regreßnehmer die völlige Unmöglichkeit, den Beitrag zu erhalten, sicher beweisen[2] (was sehr schwierig sein wird), aber wenn ihm dieser Beweis gelingt, dann liegt es nur im Interesse der Mitschuldner, wenn die Beitreibungskosten, die ja billigerweise repartiert werden müßten, vermieden würden. Ganz ähnlich verhält es sich ja, wenn der Wohnsitz des Betreffenden nicht zu ermitteln ist. Überdies ist diese Ausfallsverteilung keine definitive Befreiung des Nichtzahlenden. Sowie der Beitrag erlangt werden kann (er also wieder zu Vermögen kommt oder aufgefunden wird), muß er den Anderen seinen Beitrag anteilig wiedererstatten. Die Verjährung des Rückgriffsrechts würde solange wegen der Unmöglichkeit der Geltendmachung unterbrochen sein. Durch die Verjährung des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts wird die Ausgleichungspflicht gar nicht beeinflußt,

---

[1] Crome, S. 385.

[2] Derselben Ansicht Kremer, S. 181.

denn sie kann nicht verjähren, bevor sie überhaupt existent geworden ist, nämlich bevor seitens irgend eines Gesamtschuldners eine Leistung erfolgt ist[1].

Was die prozessuale Geltendmachung des Ausgleichungsanspruchs betrifft, so gestaltet sie sich im Falle des § 426 sehr einfach. Hier braucht der Kläger nur seine Zahlung und ferner die Höhe der Gesamtschuld bezw. der gezahlten Summe und die Anzahl der Haftenden zu beweisen. Die Verpflichtung zu gleichen Teilen wird vermutet. Der Beklagte muß beweisen, daß er auf weniger oder gar nicht verpflichtet ist, oder daß und wieviel er bereits an den Gläubiger gezahlt hat. Will dagegen der Kläger mehr fordern, als er bei gleicher Verteilung erhalten würde, so muß er beweisen, daß er zu einer höheren Regreßforderung berechtigt ist, oder daß von einem oder mehreren der Mitschuldner der Beitrag nicht zu erlangen war.

Der Übergang der Forderung des Gläubigers.

Die Cessio legis.

„Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über.“

Dieser Bestimmung liegt derselbe Gedanke zu Grunde wie dem Beneficium cedendarum actionum. Der befriedigte Gläubiger würde unbillig handeln, wenn er demjenigen, welcher gewissermaßen eine fremde Schuld beglichen hat, zur leichteren Durchführung des Ersatzanspruchs seine Forderung nicht abtreten würde, soweit er dies ohne Gefährdung seiner eigenen Interessen tun könnte.

Die Absicht des Gesetzgebers war, nur die Akzessorien der Forderung, Bürgschaften, Pfandrechte usw. übergehen zu lassen. Das sollten auch die Worte des ersten Entwurfs ausdrücken: „Der Gesamtschuldner . . . . kann die Rechte des Gläubigers

[1] Vgl. Hanseat. Ger.-Ztg. 05, Hptbl. 53, 125. Urt. d. LG. Hamburg.

geltend machen." Im zweiten Entwurfe wurde indessen die andere Fassung gewählt und des ferneren im wesentlichen beibehalten[1].

Hruza hält diese „Häufung von Wohltaten auf das Haupt des zahlenden Gesamtschuldners für nicht mit der Billigkeit vereinbar", da das Gesetz bei Bezahlung einer ganz fremden Schuld einen solchen Übergang nicht statuiere. Gerade in diesem Vergleich aber läßt sich die Bestimmung des § 426 sehr wohl rechtfertigen. Wenn man die Bezahlung einer fremden Schuld übernimmt, tut man es regelmäßig entweder in der Absicht einen anderen zu befreien (dann würde der Übergang diesen Erfolg vereiteln) oder ohne Absicht, irrtümlich; dann erreicht man seine Befriedigung auf andere Weise (durch Anfechtung oder Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung). Bei der Gesamtschuld dagegen trifft keiner von beiden Fällen zu.

So ersichtlich der Zweck des Gesetzes ist, macht doch der Wortlaut erhebliche Schwierigkeiten. „Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat, geht die Forderung über." Das erste ist einleuchtend. Es muß eine wirkliche Befriedigung erfolgt sein, und die Forderung geht nur in Höhe dieser Befriedigung über. Hat der Gläubiger dem Gesamtschuldner z. B. die Schuld erlassen, so kann dieser natürlich nicht außerdem von seinen Mitschuldnern deren Anteile einfordern.

Mehr Schwierigkeiten macht der Nachsatz: „Die Forderung geht über."

Das römische Recht kannte keine cessio legis, sondern nur eine Abtretung der Forderung, das Beneficium cedendarum actionum. Streng genommen erlischt aber die Forderung im Augenblicke der Zahlung und kann daher nicht mehr abgetreten werden. Schon die Römer stutzten hier und suchten sich damit aus der Schlinge zu ziehen, daß sie einen Verkauf der Forderung fingierten. Glücklich war dieser Ausweg nicht, denn die Kriterien des Kaufs fehlten, außerdem für den Schuldner umständlich wegen des eventuell erforderlichen gerichtlichen

[1] Der 3. Entwurf fügte die Worte: „gegen die übrigen Schuldner" hinzu.

Zwanges[1]. Das französische Recht suchte dem abzuhelfen, indem es einen kraft Gesetzes eintretenden Übergang der Forderung annahm, und bei diesem Mittel ist es bis heute geblieben.

„Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangeu kann, geht die Forderung . . . über[2]. Die Art des Überganges ist umstritten. An sich ist es denkbar und nach des Verfassers Ansicht auch anzunehmen, daß die Forderung nach den allgemeinen Grundsätzen der Zession in derselben Form übergeht, wie sie dem Gläubiger zustand, d. h. als solidarische. Die Geltendmachung würde sich dann so gestalten, daß der zahlende Gesamtschuldner die Summe, natürlich unter Abzug seines Anteils, von einem Mitschuldner einfordert, dieser wieder gegen einen anderen auf die Restsumme in solidum Regreß nimmt und sofort, bis der zuletzt Belangte ebensoviel zur Ausgleichung bringt, als er für sich zurückbehält[3]. Nun gibt aber der § 426 Satz 3 Spezialvorschriften. Er sagt: Die Forderung geht über erstens, soweit der Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und zweitens soweit er Ausgleichung verlangen kann. Die letztere Bestimmung wiederum bedeutet einmal, daß der Gesamtschuldner nicht seinen eigenen Anteil fordern darf, und zum anderen, daß er nicht mehr verlangen kann als die Mitschuldner auszugleichen haben. Sie sind aber nach § 426 Satz 1 zu gleichen Anteilen regreßpflichtig. Satz 3 wird von der herrschenden Meinung ausgelegt[4], als ob die Forderung im Augenblicke der Zahlung sich teilte und als

---

[1] Nach Stammler ist der Ausdruck: „Die Forderung geht auf den Zahlenden über“ nur ein kurzer Ausdruck, um die Art und den Umfang des gesetzlich erlangten Ersatzanspruchs des Zahlenden zu bezeichnen ohne „daß man den bildlichen Ausdruck von der Übertragung als zu scharf betonen müßte.“ Besser wäre noch zu sagen, nicht die Forderung, sondern das Recht des Gläubigers an der Forderung gehe über. Vgl. Stammler a. a. O. S. 250. Crome a. a. O. S. 346. Eck-Leonhard S. 424. Anm. 4.

[2] cf. Mugdan-Falkmann, Bd. V, Nr. 44, S. 333, OLG V, S. 333.

[3] A, B, C, D, E haften zusammen auf 500. A bezahlt die 500 und nimmt gegen B Regreß auf 400, B gegen C auf 300, C gegen D auf 200 und D gegen E auf 100.

[4] cf. Oertmann, § 426, Nr. 4 . 2d und die dort Zitierten.

geteilte überginge. Nach des Verfassers Ansicht ist die Wendung: „Die Forderung geht über“ nicht wörtlich aufzufassen, sondern dahin zu verstehen: die Forderung kann nur, soweit . . . . ., geltend gemacht werden. Denn erstens verstößt, wie erwähnt, jene Ansicht gegen die allgemeinen Zessionsgrundsätze. Zweitens sind ja die Anteile im Augenblicke der Zahlung noch unbestimmt, da sie sich durch den Ausfall eines Gesamtschuldners erhöhen können. Oertmanns Ansicht stößt ferner dann auf Schwierigkeiten, wenn es sich um eine unteilbare Leistung handelt. Hier ist eine cessio legis überhaupt nicht denkbar, weil die Forderung nach seiner Meinung nur zu einem Teil übergehen könnte, eine Teilung aber unmöglich ist. In diesem Falle würde dann der Gesamtschuldner schlechter gestellt sein als bei teilbarer Gesamtschuld, da folgerichtig auch keine der bestellten Sicherheiten übertragen wird; und das ist doch der Zweck der Gesetzesvorschrift. — Nimmt man dagegen an, die Forderung geht als ganze über, kann aber nur, soweit ein Rückgriffsrecht besteht, geltend gemacht werden, so gehen die Pfänder usw. über. Es besteht dann ein Pfandrecht für einen Anspruch, der nicht praktisch durchführbar ist (daß dieses möglich ist, erhellt aus dem Beispiele der verjährten Forderung). Das Pfand haftet wegen seiner Unteilbarkeit für jeden Teilanspruch — wenn Verfasser hier diesen Ausdruck gebrauchen darf — d. h. gegenüber jedem Mitschuldner. Eine Befriedigung aus dem Pfande ist allerdings nicht zulässig (cf. § 1228, Satz 3 BGB.). Immerhin hat aber der Gesamtschuldner ein Pressionsmittel, um (durch Zurückbehaltung des Pfandes) seine Mitschuldner zu einer Ausgleichung nach § 426, Satz 1 zu veranlassen. Die Pfandhaftung erlischt erst, wenn der Anspruch des Gesamtschuldners gemäß Satz 1 — also durch Geld — befriedigt wird; denn in diesem Augenblicke erlischt die Forderung aus der zedierten Klage.

Aus der erwähnten zweiten Bestimmung ergibt sich ferner, daß der Schuldner auch dann, wenn die Klage des Gläubigers bereits als vollstreckbar übergegangen ist (was nach § 727 ZPO. möglich ist) oder wenn er für sie ein vollstreckbares Urteil erwirkt hat, gleichwohl nur Teilansprüche in Höhe der einzelnen Beiträge verlangen kann, oder genauer, daß der beklagte Mit-

schuldner seine beschränkte Ausgleichungspflicht als Einwendung gemäß § 767 ZPO. geltend machen kann.

Ebensowenig wie von seinen Mitschuldnern kann der Regreßnehmer seinen eigenen Anteil von einem für die Forderung bestellten Bürgen eintreiben[1]. Auch dieses würde dem Wortlaut des Paragraphen widersprechen.

Eine Folgerung aus dem Grundsatze, daß nur die Geltendmachung des Rückgriffsanspruchs erleichtert werden soll[2], ist weiter die, daß der Gesamtschuldner, welcher durch eine geringere Leistung z. B. Hingabe an Erfüllungsstatt den Gläubiger befriedigt hat, nicht die ganze Forderung des Gläubigers, sondern sie nur in der Höhe seiner Leistung geltend machen kann, da er nur insoweit Ausgleichung verlangen kann.

Als fernere Konsequenz ergibt sich, daß Klage aus eigenem Recht und Klage aus dem Rechte des Gläubigers in Konkurrenz stehen, daß man nur eine von beiden anstrengen kann, und die andere durch Geltendmachung der ersten erlischt. Die Klagen sind aber immer als getrennte zu betrachten. Daher können gegen die eine nicht Einreden vorgebracht werden, welche nur der anderen entgegenstehen. Ebenso wie bei vertraglicher Klagenabtretung können bei cessio legis dem Cessionar die Einreden entgegengesetzt werden[3], die dem Schuldner gegen den Cedenten zustanden. Analag der vertragsmäßigen Cession kann ferner der zahlende Gesamtschuldner, der es versäumt, einen Mitschuldner von seiner Zahlung zu benachrichtigen, wenn dieser inzwischen ebenfalls die ganze Summe an den Gläubiger zahlt, von ihm keine Ausgleichung verlangen. Vielmehr muß er wegen Verletzung der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht dem Anderen die Unkosten ersetzen, die diesem durch Zahlung und Rückforderung entstanden sind[4].

---

[1] cf. Crome, S. 386.

[2] A. M. Hruza, S. 296.

[3] Schollmeyer, Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers. S. 38. cf. RG. 69.422.

[4] Da die cessio legis ohne Zutun des Gläubigers erfolgt, geht die Forderung auch über, wenn der Gläubiger über die Person des Zahlenden im Irrtum war. cf. Arch. 62, S. 446.

Wie für den Gesamtschuldner die Mitteilungspflicht, so besteht für den Gläubiger unter Umständen eine Auskunftspflicht[1]. Der Übergang der Forderung ist aber erst eine von selbst eintretende Folge der Zahlung. Daher können die aus ihm entspringenden Rechte nicht als Bedingung für die Leistung aufgefaßt werden[2]. Der vom Gläubger belangte Gesamtschuldner kann also nicht die Leistung solange verweigern, bis sich der Gläubiger zur Auskunft bereit erklärt. Er kann nur nach der Zahlung Auskunft verlangen[3].

Ebensowenig kann der Gläubiger verantwortlich gemacht werden für etwaige durch seine Nachlässigkeit entstandenen Verschlechterungen der Forderung. § 776 ff. BGB. findet also keine Anwendung.

Was die prozessuale Geltendmachung[4] anbelangt, so wird das Bestehen eines Ausgleichungsanspruchs (als Voraussetzung des Forderungsüberganges) vermutet. Der Beklagte müßte also beweisen, daß ein solcher nicht besteht.

Das Verhältnis der zedierten Klage zur Restklage des Gläubigers.

Der Übergang der Forderung findet, wie gesagt, deshalb statt[5], damit die mit ihr verbundenen Rechte, Bürgschafts-, Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte bei Konkurs und Zwangsvollstreckung übergehen. Aber diese Rechte dürfen dem Gläubiger nicht nachteilig werden. „Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubiges geltend gemacht werden."

Ebenso wie der Übergang der Forderung aus Erwägungen der Billigkeit heraus entstanden ist, war es wieder dieselbe Rücksicht auf die Äquitas, welche ihm gewisse Grenzen zog. So findet sich schon bei Molinaeus der Satz: Creditor non videtur cessisse contra se; er folgerte ihn aus der Natur

[1] § 402 im Anschluß an § 401 findet entsprechende Anwendung.
[2] cf. Seufferts Archiv 61, S. 232. Urt. d. OLG. Braunschweig.
[3] Dagegen OLG. XII S. 261. Urt. d. OLG. Hamburg.
[4] cf. Dernburg a. a. O.
[5] cf. Urt. d. RG. v. 3. April 07 in Soergel 97, S. 1200, Nr. 2881.

der Subrogation, die von ihm in folgender Weise skizziert wird[1]: „Istud ius non fundatur nec debetur stricto iure sed ex aequitate, et specialiter ex illa aequitate, ut saltem is qui petit cessionem, consequatur, quod sine dispendio creditoris futurum est[2].“ Dieser Satz ist nun nicht in dem Sinne aufzufassen, daß die übergegangene Forderung in keiner Beziehung dem Gläubiger schaden dürfe, was man nach seiner Wiedergabe im Bürgerlichen Gesetzbuch leicht annehmen könnte, vielmehr so, wie er im Code civil formuliert ist und auch bei uns von der herrschenden Meinung interpretiert wird. Das französische Gesetzbuch sagt in Art. 1252: La subrogation … ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas il ne peut exercer ses droits, pour ce que lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payment partiel.

Die Forderung des Gesamtschuldners aus der zedierten Klage des Gläubigers darf also nicht mit dessen Restanspruche konkurrieren. Dieser Fall ist nicht vereinzelt. So findet sich eine Analogie bei der offenen Handelsgesellschaft. Im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft[3] dürfen Forderungen der Gesellschafter, welche aus dem Gesellschaftsverhältnis entstanden sind, wie z. B. Ansprüche auf Ersatz von Auslagen, nicht geltend gemacht werden, wenn sie mit Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger konkurrieren würden. Desgleichen können bei Liquidation der offenen Handelsgesellschaft[4] die Ansprüche der Gesellschafter aus dem Gesamtschuldverhältnisse (auf Ersatz von Auslagen) nicht mit denen der Gesellschaftsgläubigar konkurrieren.

Hier liegt dieselbe Idee zu Grunde wie bei der Gesamtschuld. Es besteht eine innere Gemeinschaft[5], infolge deren die Mitglieder der Gesellschaft ihre volle Handlungsfreiheit einbüßen, und welche die Genossen, wenn sie neben selbständigen

---

[1] Tract. contract. usur qu. 89.

[2] a. a. O. qu. 89 Nr. 672.

[3] Vgl. Gierke, Gen. Theorie, S. 564, Anm. 2. Schulz, Rückgriff und Weitergriff, S. 26 ff. in Leonhard, Studien, Heft 21.

[4] RG. 29 S. 15.

[5] Schulz a. a. O.

Außenstehenden gegen diese Gemeinschaft auftreten, gegenüber den Dritten zurücktreten läßt.

Gleichwohl bestanden auch bei der Beurteilung des Beneficium cedendarum actionum ähnliche Rücksichten. Der Gläubiger konnte hier die Abtretung verweigern, wenn ihm die Klage Nachteil bringen würde[1]. Insofern war der Gläubiger im Gemeinen Recht besser gestellt als im Bürgerlichen Gesetzbuch. Dort verweigerte er die Cession, hier dagegen muß er immer auf dem Posten sein, um seine Rechte zu wahren. Das Gesetzbuch bestimmt nämlich nur, daß der Übergang der Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden darf. Wenn also der Schuldner freiwillig dem Regreßnehmer Ausgleichung bewilligt hat, so muß es sich der Gläubiger gefallen lassen.

Von Amts wegen ist die ungerechtfertigte Geltendmachung nicht zu rügen. Da die Bestimmung auch allein die Beziehungen zwischen Gläubiger und Gesamtschuldner regelt, so kann sich der belangte Schuldner nicht auf sie berufen, und kann sie der Regreßklage gegenüber nicht einwenden. Der Gläubiger ist daher auf seine Wachsamkeit angewiesen. Er wird seine Forderung sobald als möglich eintreiben müssen. Ist ihm aber der Gesamtschuldner zuvorgekommen, so kann er aus § 823 Abs. 2 BGB. klagen.

Wenn die Forderung nicht soweit gesichert ist, um beide, Gesamtschuldner wie Gläubiger, zu befriedigen, und der Ausgleichungspflichtige erst seine Regreßverbindlichkeit erfüllen will, so kann der Gläubiger verlangen, daß er zuerst befriedigt wird. In diesem Falle ist er auch von seiner Auskunftspflicht entbunden, wenn er dadurch geschädigt werden könnte, z. B. wenn er dadurch ein Beweismittel verlieren würde[2].

Eine Konkurrenz des Regreßanspruchs des Gesamtschuldners mit der Restforderung des Gläubigers tritt ein bei Hypotheken, Pfandrechten, Zwangsvollstreckung und Konkurs. Der das Rangverhält-

---

[1] RG. III, S. 183, Jur. Wochenschr. 01, S. 226. Hasenbalg, Bürgschaft S. 454 ff.

[2] Schollmeyer, § 426, Anm. 4b.

nis regelnde § 61 KO. läßt keinen Schluß zu auf das Verhältnis zwischen Regredient und Gläubiger. Dieses muß also nach materiellem Rechte beurteilt werden[1]. Wenn beide Klagen in einem Konkurse zugleich angemeldet werden, dann verringert die zedierte Forderung die Konkursdividende und beeinträchtigt so die Restforderung des Gläubigers. Dasselbe gilt für den Zwangsvergleich[2]. Der Gesamtschuldner kann sich also erst dann befriedigen, wenn der Gläubiger schon wegen seiner Restforderung Befriedigung erlangt hat, aber nur wegen der Restforderung, nicht etwa wegen anderer Forderungen des Gläubigers, da, wie erwähnt, anzunehmen ist, daß sich die Bestimmung des § 426 Satz 4 BGB. nur auf das Verhältnis der Regreß- zur Restforderung bezieht[3].

Eine streng logische Auffassung müßte es umgekehrt zulassen, daß der Gesamtschuldner sich statt mit dem Anspruch des Gläubigers, mit dem aus seinem eigenen Rechte entspringenden Regreßanspruche beteiligen dürfte, was in diesem Falle praktisch den Erfolg der Benachteiligung des Gläubigers hätte[4]. Gerade deswegen, weil man unter einer geringen Veränderung des Gesichtspunktes den Erfolg haben würde, der gerade vermieden werden sollte, hat aber die Praxis diese Ansicht abgelehnt.

Im übrigen wird sich auch die Praxis gezwungen sehen, die Scheidung beider Klagen zu betonen. Es wird ja auch nicht immer die Klage des Gläubigers vorteilhafter sein. Wenn für sie keine Sicherungsmittel bestehen, ist sie gegenstandslos, während andererseits die Regreßklage aus eigenem Rechte (auf Grund des besonderen Rechtsverhältnisses) ihre Vorteile haben kann, z. B. kann sie bei Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag Anspruch auf Ersatz von Auslagen gewähren, ferner

---

[1] Vg. RG. VIII, S. 293.

[2] RG. 14, S. 172.

[3] Hatte ein Gläubiger im Konkurse die ganze Forderung angemeldet, und empfängt er hinterher von einem anderen teilweise Befriedigung, so kann er die Konkursdividende gleichwohl von der ganzen Summe verlangen, (RG. II, S. 180) denn für die Beurteilung der Existenz und Höhe der zu summierenden Forderungen ist der Augenblick der Konkurseröffnung maßgebend. Daher haben später erfolgende Zahlungen keinen Einfluß.

[4] A. M. Crome, a. a. O., S. 385.

kann der Anspruch aus der zedierten Klage in kürzerer Frist verjähren, während der aus § 426 Satz 1 der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung unterliegt[1].

Eine scheinbare Ausnahme liegt vor, wenn ein Pfandrecht übergegangen ist, das für mehrere Forderungen, von denen die übrigen noch existieren, bestellt war. Hier darf der Schuldner das Recht noch nicht zum Nachteile der übrigen Ansprüche des Gläubigers geltend machen. Diese Vorschrift folgt jedoch aus der Unteilbarkeit des Pfandrechts[2].

Bei der Individualzwangsvollstreckung kann der Gläubiger seine Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus §§ 805, 876 ZPO., § 115 ZVG. geltend machen. Ebenso kann er einer Zwangsvollstreckung nach § 766, 771 ZPO. widersprechen.

Schluß.

In obigen Ausführungen ist vielleicht noch mancher Punkt unerörtert geblieben. Verfasser hat auch nur einen Teil der Gerichtsentscheidungen, die ihm vorlagen, anführen können. Ein Abschluß der Arbeit ist garnicht möglich. Von Jahr zu Jahr steigt die Zahl der Entscheidungen. Der Fälle, in denen der § 426 BGB. im Wechselverkehr, bei Sozietäten aller Art usw. Geltung erhält, sind gar viele; und seine Vorschriften werden in unserer Zeit, einer Zeit, die immer mehr nach dem Zusammenschluß Einzelner und nach der Bildung großer Gesellschaftsunternehmungen hindrängt, stetig an Bedeutung gewinnen.

[1] cf. RG. 69.422. cf. Neumann VI, S. 179. cf. Neumann IV, S. 155.

[2] RG. III, S. 183, Staudinger, § 426, 18, Schollmeyer, § 268, Anm. 5.

Lebenslauf.

Am 1. August 1887 wurde ich, Karl August Albrecht Jander, evangelischer Konfession, als Sohn des Gymnasialprofessors Albrecht Jander und seiner Ehefrau Selma, geb. Heidrich zu Liegnitz geboren. Von Ostern 1896 ab besuchte ich das Städtische Gymnasium in Liegnitz, das ich Ostern 1905 mit dem Reifezeugnis verließ. Hierauf widmete ich mich an der Universität Breslau dem Studium der Rechte, setzte meine Studien von Michaelis 1906 bis Michaelis 1907 in Leipzig fort und kehrte sodann nach Breslau zurück, wo ich am 22. Oktober 1908 die erste juristische Prüfung bestand. Mit meiner Vereidigung am 12. November 1908 trat ich in Landeck als Referendar in den Justizdienst. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 16. Februar 1909. Zur Zeit bin ich am Amtsgericht Landeck beschäftigt.